Der Rückgriff unter Gesamtschuldnern.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Bruno Winkler.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Leonhard.

Meinem lieben Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Teil.

Die obligatorischen Gesamtschuldverhältnisse.

§ 2. 1. Der Rückgriff nach Kopfteilen 3

§ 3. 2. Der Rückgriff nach Gründen der Billigkeit 9

§ 4. a) Die gesetzlichen Ausnahmen von der gleichanteiligen Belastung der Gesamtschuldner 13

b) Der Rückgriff im Fall der sogen. unechten Gesamtschuld.

§ 5. α) Geschichtlicher Rückblick über die Lehre von der Gesamtschuld 23

§ 6. β) Behandlung der Gesamtschuld im Bürgerlichen Gesetzbuch 28

Zweiter Teil.

Die dinglichen Gesamtschuldverhältnisse.

1. Gesamthaftungen von Grundstücken.

§ 7. a) Stand der Ansichten über den Rückgriff 37

b) Anwendung des § 426 für den Rückgriff.

§ 8. α) Schuld und Haftung 46

§ 9. β) Die Grundstückshaftungen im Bürgerlichen Gesetzbuch 58

§ 10. c) Sicherung und Bestand des Ersatzanspruchs 64

2. Gesamthaftungen von beweglichen Sachen.

§ 11. a) Begründung des Rückgriffs 69

§ 12. b) Äußere Einwirkungen auf den Rückgriff 76

§ 13. 3. Gesamthaftungen von Grundstücken und beweglichen Sachen 81

Dritter Teil.

Die gemischten (dinglichen und obligatorischen) Gesamtschuldverhältnisse.

§ 14. 1. Zusammentreffen von Grundstückshaftung und persönlicher Haftung 84

§ 15. 2. Zusammentreffen von Haftung beweglicher Sachen mit persönlicher Haftung 89

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556030_0085

Literaturverzeichnis.

Lehrbücher, Kommentare, Materialien.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1873.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.

Codex repetitae praelectionis cum Accursii commentarii. 1612.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1905.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Demolombe, Cours de Napoleon. Traité des contrats ou des obligations conventionelles en géneral.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1905.

Dernburg, Das preußische Hypothekenrecht. 1891.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1903.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1899.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 4. u. 5. Aufl. 1909/10.

Exner, Das österreichische Hypothekenrecht. 1876.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.

Fuchs, Grundbuchrecht. 1902.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1903.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. 1900.

Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht.

Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (v. Holtzendorff). 6. Aufl. 1904.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

v. Meibom, Das mecklenburgische Hypothekenrecht. 1871.
Molinäus, Extricatio Labyrinthi Dividui et Individui. 1562.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1909.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907.
Pothier, Recueil des divers Traités sur les Hypothèques. 1809.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1903.
v. Roth, System des deutschen Privatrechts.
v. Savigny, Das Obligationenrecht. 1851.
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. u. 8. Aufl. 1912.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1893.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1900.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wolff, Sachenrecht. 1. u. 2. Aufl. 1910.
Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. 1894.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. 1900.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Protokolle der 2. Kommission.

Aufsätze und Monographien.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. 1882.
Bähr, Die preußischen Gesetzentwürfe über die Rechte am Grundvermögen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 11 S. 1.
Bähr, Ein weiterer Beitrag zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2 S. 97.
Bähr, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 481.
Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergang der Rechte im Falle des Vorhandenseins mehrfacher Sicherungen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 84.

Bekker, Sprachliches und Sachliches zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 1.

Biermann, Die Einheitlichkeit der Gesamthypothek. Im Recht 1905 S. 265.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht. 1899.

Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 283.

Brink, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld. 1907.

Brinz, Obligation und Haftung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 70 S. 371.

Cohn, Über das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und zum Bürgen. In der Juristischen Wochenschrift 1906 S. 410.

Crome, Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 35 S. 100.

Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 76 S. 1.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1864.

Donnevert, Die unechten Solidarobligationen. 1907.

Dümchen, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. In Jherings Jahrbüchern Bd. 54 S. 355.

Eisele, Korrealität und Solidarität. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 77 S. 374.

Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. 1910.

Guhl, Kennt das schweizerische Obligationenrecht einen inneren Unterschied zwischen passiver Korrealität und Solidarität? 1908.

Guyet, Über das Prinzip, nach welchen ein zur Sicherung der nämlichen Forderung mit mehreren Spezialhypotheken auf verschiedene Gegenstände versehener Gläubiger zu befriedigen ist. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 18 S. 365.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1895.

Hartmann, Der Zivilgesetzentwurf, das Äquivitätsprinzip und die Richterstellung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 73 S. 309.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Jäckel, Die Selbständigkeit der Grundschuld. In Gruchots Beiträgen Bd. 18 S. 551.

Jhering, Die aktive Solidarobligation. In Jherings Jahrbüchern Bd. 24 S. 129.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere. In Jherings Jahrbüchern Bd. 39 S. 209.

Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 187.

Keller, Über Litiskontestation und Urteil im klassischen römischen Recht. 1827.

Knorr, Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 28 S. 167.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers. 1904.

Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 1.

Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 155.

Kurlbaum, Über die Rechtsverhältnisse aus korrealer Verpfändung mehrerer Grundstücke. In Gruchots Beiträgen Bd. 12 S. 507.

Lang, Die Gesamthypothek. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 251.

Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. 1908.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. In den Thüringer Blättern für Rechtspflege Bd. 51 S. 180.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 1908.

Marcusen, Die Korrealhypothek im modernen Rechte. In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 320.

Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 543.

v. Meibom, Zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 S. 337.

Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. 1901.

Puntschart, Der Grundschuldbegriff im deutschen Reichsrecht. 1900.

Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. 1896.

Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.

Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. 1831.

Robert, Die Rückgriffshypothek. 1906.

Rümelin, Obligation und Haftung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 68 S. 151.

Rumpf, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Schulz, Rückgriff und Weitergriff. 1907.

Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 105 S. 1.

v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.

Siber, Der Rechtsgang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 55.

Sohm, Über Natur und Geschichte der modernen Hypothek. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 1.

Staub, Die juristische Konstruktion des dinglichen Rechts. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5 S. 12.

Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. In Gruchots Beiträgen Bd. 52 S. 545.

Strohal,[1]) Zur Lehre von dem Eingriff des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.

[1]) Der im neuesten Band von Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Bd. 61 S. 59ff.) erschienene Aufsatz von Strohal: „Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung“ konnte leider für die vorliegende Untersuchung nicht mehr verwertet werden.

Entscheidungen, Zeitschriften, Sammlungen.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.

Deutsche Juristenzeitung.

Entscheidungen des Königlichen Obertribunals.

Entscheidungen des Oberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

Juristische Wochenschrift.

Leonhard, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.

Recht, Das.

Recht und Wirtschaft. Jahrg. 1.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

§ 1.

Einleitung.

Der Rückgriff unter Gesamtschuldnern hat durch die Vorschrift des § 426 BGB., wonach die Gesamtschuldner einander, soweit nichts anderes bestimmt ist, zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, eine klare und einfache Regelung erfahren. Trotzdem treten uns bei eingehender Betrachtung mancherlei Schwierigkeiten entgegen, die eine Fülle interessanter und zweifelhafter Fragen hervorzurufen geeignet sind.

Im folgenden soll zu einigen dieser Fragen Stellung genommen und eine dem Sinn des Gesetzes und den Bedürfnissen des praktischen Lebens entsprechende Beantwortung versucht werden. Unsere Untersuchung wird mit der Prüfung der rein obligatorischen Gesamtschuldverhältnisse beginnen. Hierbei werden wir uns unter anderem eingehend mit dem Unterschied zwischen der sogen. echten und unechten Gesamtschuld beschäftigen müssen. Die herrschende Lehre sucht die dem römischen und gemeinen Recht geläufige Unterscheidung von Korreal- und Solidarobligationen heute in Gestalt der echten und unechten Gesamtschuldverhältnisse fortzusetzen. Wir werden nachweisen, daß unser Gesetz eine solche Spaltung des Begriffs der Gesamtschuld nicht kennt, und daß sie zur Lösung auch der kompliziertesten Fälle ganz überflüssig ist.

Im zweiten Teil werden die dinglichen Gesamtschuldverhältnisse behandelt. Der Ausdruck „dingliches Schuld-

verhältnis“ scheint ein Widerspruch in sich selbst zu sein. Jedoch ist neben der gewöhnlichen obligatorischen Schuld die Existenz einer dinglichen Schuld anzuerkennen. Dinglicher Schuldner ist z. B. der Hypothekenschuldner oder der Grundschuldner. Vielfach wird hier das Vorhandensein einer Schuld verneint, jedoch mit Unrecht. Man denke sich nur folgenden Fall: Ein Rentenschuldner zahlt jahraus, jahrein seine Rente an den Berechtigten, und er soll ihm dabei in keiner Weise zu diesen Leistungen verpflichtet sein? Man kann sich dies nur schwer vorstellen. In der Tat werden wir unter Verwertung der germanischen Begriffe von Schuld und Haftung zu dem Ergebnis gelangen, daß in derartigen Fällen eine Leistungspflicht, ein Schulden vorhanden ist. Infolgedessen sind auch hier Gesamtschuldverhältnisse denkbar. und es taucht die Frage auf, wie sich bei ihnen der Rückgriff gestaltet. Wir werden zunächst die Gesamthaftung mehrerer Grundstücke und verschiedener beweglicher Sachen im einzelnen ins Auge fassen, um dann die Rechtsfolgen eines Zusammentreffens beider Arten miteinander untersuchen.

Der dritte Teil bringt eine Darstellung des Zusammenwirkens von obligatorischen und dinglichen Schuldverhältnissen, wobei auch wieder mehrere Gestaltungen möglich sind, einmal die Haftung eines Grundstücks, im anderen Falle die Haftung einer beweglichen Sache neben der obligatorischen Schuld.

Erster Teil.

Die obligatorischen Gesamtschuldverhältnisse.

§ 2.

1. Der Rückgriff nach Kopfteilen.

A und B sind Gesamtschuldner; gegen jeden von ihnen habe ich eine Forderung von 1000 Mk., die ich aber nur einmal von ihnen erhalten soll (§ 421 BGB.). Zahlt mir A diese Summe aus, so erhält er gegen B eine Rückgriffsforderung in Höhe von 500 Mk., denn nach § 426 Abs. 1 sind Gesamtschuldner im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet. In der angegebenen Höhe geht auf A außerdem meine Forderung gegen B über (§ 426 Abs. 2), so daß ihm zur Herbeiführung seiner im Innenverhältnis mit B nach Kopfteilen beschränkten Haftung zwei miteinander konkurrierende Ansprüche zustehen.

Das Ergebnis, die gleichmäßige Belastung der Gesamtschuldner, das unser Gesetz auf diese Weise zu erreichen sucht, erscheint uns überaus billig und fast als selbstverständlich. Nichtsdestoweniger hat es viele Kämpfe gekostet, bis die Gesetzgebung sich zur Normierung des Grundsatzes der gleichmäßigen Verteilung durchgerungen hat. Andererseits wieder führt auch s e i n e ausnahmslose Durchführung zu unbefriedigenden Ergebnissen und nicht verkennbaren Härten. Diese zu vermeiden, muß als das vom Gesetzgeber und Richter zu erstrebende Ziel angesehen werden. Ehe wir uns

jedoch hiermit beschäftigen, wollen wir untersuchen, in welcher Weise die erste Stufe zu jenem Ziele, die Ausgleichung nach Kopfteilen unter den Gesamtschuldnern erreicht worden ist.

Das klassische römische Recht versagt den Korrealschuldnern gegeneinander den Rückgriff. Nur dann besteht ein Regreßrecht, wenn ihre inneren Beziehungen durch besondere Rechtsverhältnisse, z. B. durch ein Gesellschaftsverhältnis, geregelt sind, oder wenn die Eingehung der Schuld ihnen allen einen Vorteil gebracht hat: si quidem socii sint in ea re, dividi inter eos debere obligationem . . ., si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cuius bonis detrahi.[1])

Ebensowenig besteht unter Mitbürgen eine Ausgleichungspflicht; derjenige muß bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners den Schaden tragen, von dem der Gläubiger die ganze Schuldsumme eingezogen hat: . . . sed et si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is pro quo fideiussit solvendo non sit.[2])

Um so sonderbarer muß es erscheinen, wenn Paulus und Ulpian in einigen wenigen Fällen den Rückgriff für zulässig erachten. Es handelt sich hier einmal um mehrere Mitbewohner eines Hauses, von denen einer mit der actio de deiectis belangt wird, da durch Hinauswerfen einer Sache auf die Straße ein Schaden verursacht wurde, der Täter aber nicht zu ermitteln war. Der in Anspruch Genommene kann von den übrigen Mitbewohnern nach Maßgabe ihrer Kopfzahl Ersatz verlangen.[3]) In den anderen Fällen wird einem in Anspruch genommenen Vormund oder Beamten gegen seinen

[1]) l. 62 pr. D. 35, 2.

[2]) § 4 I. 3, 20.

[3]) l. 1 § 10, l. 2, 3, 4 D. 9, 3.

Mitvormund oder Mitbeamten eine Regreßklage gewährt.[4]) Es sind dies alles Fälle der Solidarschuld, in denen zufällig eine solidarische Haftung mehrerer eingetreten ist, im Gegensatz zur Korrealschuld, die absichtlich durch den Willen der Partei hervorgerufen wird.

Müssen wir nun aus diesen Stellen schließen, daß unter Solidarschuldnern der eben besprochenen Art, unter sogen. „einfachen Solidarschuldnern“ oder „Solidarschuldnern im engeren Sinne“, in der Regel ein Rückgriff gegeben war,[5]) oder daß wir hier nur einige ganz speziell geregelte Fälle vor uns haben?[6]) Letzteres scheint mir das Richtigere zu sein, denn wenn nicht einmal bei Korrealschuldnern ein Regreß gegeben war, wie sollte sich da einer bei einfachen Solidarschuldnern begründen lassen, bei denen jedes innere Band fehlt? Immerhin waren diese Stellen der Ausgangspunkt einer lebhaften Kontroverse. Besonders hat v. Savigny mit Hilfe einer exceptio doli in allen Fällen, auch bei Korrealschuldverhältnissen, einen Rückgriff zu begründen versucht.[7]) Jedoch hat diese, wie Savigny selbst zugibt, „keine ganz sichere Begründung im strengen Recht“.

In der Tat scheint mir die Konstruktion eines Ausgleichungsanspruchs bei der Korrealschuld im klassischen römischen Recht keine Stütze zu finden. Ein anderes mag sich von dem spätrömischen und gemeinen Rechte sagen lassen.

---

[4]) l. 1 §§ 13, 14, 18, l. 21 D. 27, 3, l. 2 §§ 8, 9 D. 50, 8.

[5]) So Enneccerus § 318 I.

[6]) So OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 52 Nr. 7 a.

[7]) v. Savigny, Das Obligationenrecht Bd. 1 §§ 23 ff. S. 240 ff.; für eine Vermutung des Regresses: Dernburg, Pand. § 73, 5; and. A. v. Vangerow, Pand. § 573; Windscheid-Kipp, Pand. § 294.

Viel gestritten ist hier besonders um ein Reskript der Kaiser Diocletian und Maximian, in dem es heißt, der Provinzstatthalter solle demjenigen von zwei Korrealschuldnern, der die Schuld ganz bezahlt habe, in der Durchführung seines Regreßanspruchs gegen den unterstützen, mit dem er das Geld zusammen als Darlehn empfangen habe: ... dum quo communiter mutuam pecuniam accepisti ...[8]) Leider läßt sich aus dem Ausdruck communiter nicht feststellen, ob im vorliegenden Fall eine societas gegeben war oder nicht. Die Stelle ist also für die Annahme eines Regresses unter Gesamtschuldnern auch ohne besondere Vereinbarung wenig beweiskräftig. Trotzdem haben sich in der Folgezeit die Juristen viel mit ihr beschäftigt.[9]) Irnerius, Azo und Accursius schrieben ihre Glossen dazu und legten sich die Frage vor, ob auch dann ein Regreß bestehe, wenn die Schuldner keine socii sind[10]): ... quae actio locum habet? Quidam dicunt nullam ... Tu dices negotiorum gestorum, nam licet suam obligationem dissolverit, tamen et alium liberavit ... Alii intellegunt legem istam (quod et falsum) ut cessio fiat tantum quando sunt socii ... Solventi pro correo cedenda est actio a creditore non in solidum sed pro parte.

Die Antworten lauten also sehr verschieden. Aus dem Streben der meisten, irgendeinen Weg für den Rückgriff zu entdecken, erhellt jedoch das Ziel, eine dem gesunden Billigkeitsgefühl entsprechende Regelung zu finden und die an ein Glücksspiel erinnernde, vom Zufall abhängende Folge, wer

---

[8]) l. 1 (2) C. 39 (40).

[9]) Dernburg § 73, 5 Anm. 18; Savigny a. a. O.

[10]) Codex repeditae prae lectionis libri XII. Cum acursii commentarii S. 1953/54.

zuletzt unter den Gesamtschuldnern den Schaden trage, zu beseitigen.

Auf diesen Gedanken wirkten nach der Rezeption germanische Anschauungen fördernd ein. Haben mehrere eine Schuld gelobt, heißt es im Sachsenspiegel,[11]) so hat jeder einzelne nur so viel zu leisten, als auf ihn fällt, und hat einer von ihnen alles bezahlt, so kann er die anderen auf Ersatz belangen.

Infolgedessen erkannte man im gemeinen Recht die Zwecke des Korrealinstituts: größere Sicherheit für den Gläubiger ohne ungerechtfertigte Vermögensverschiebung unter den Schuldnern viel deutlicher und hielt den Rückgriff in allen Fällen der Gesamtschuld für zulässig. Leider wurde jedoch diese schon früh von Molinaeus in seiner Extritatio Labyrinthi Dividui et Individui ausgesprochene Wahrheit,[12]) der in der jüngsten Zeit des gemeinen Rechts noch moderne Schriftsteller[13]) zum Durchbruch zu verhelfen suchten, im 18. und 19. Jahrhundert von einigen Autoren[14]) und besonders von der Praxis[15]) für falsch und mit den Quellen unvereinbar erklärt.

---

[11]) Sachsensp. Buch 3 Art. 85 § 1: Swar mer lüde den ein geloven tu samene en weregelt oder en ander gelt, alle sin sie it schlichtich tu lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir iewelk al, mer manlik also vele alse ime geboret, unde alse vern als man in dar to getwingen mach von gerichtes halven, die deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovede, he it vor ine vergulden hevet.

[12]) Molinaeus, Extricatio Labyrinthi Dividui et Individui Pars III no. 89, V p. 426.

[13]) Dernburg § 73,5; Crome in Jherings Jahrb. Bd. 35 S. 100ff.; Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 25 S. 118ff.

[14]) z. B. Pothier zit. bei Kohler, Enzykl. Bd. 1 S. 660.

[15]) OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 52 Nr. 7a.; RGE. Bd. 33 S. 348.

Bei dieser im gemeinen Recht herrschenden Unklarheit ist es belehrend, einen Blick auf die zu jener Zeit geltenden Kodifikationen der Einzelstaaten und benachbarten Gebiete zu werfen.

Das allgem. Landrecht bestimmt in I, 5 §§ 443, 444 ein etwa bestehendes Vertragsverhältnis und die obwaltenden Umstände zur Regelung des Rückgriffs für maßgebend, fährt aber dann für den Fall, daß sich hieraus kein Ergebnis finden läßt, im § 445 fort: „Kann auch hiernach die Entscheidung nicht erfolgen, so haften die Verpflichteten unter sich zu gleichen Teilen". In gleicher Weise ist der Regreß im code civil art. 1213 [16]) und im allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch für die österr. Staaten (§ 896) [17]) geregelt. Um so sonderbarer muß die rückständige Auffassung des viel später verfaßten sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs berühren, welches in § 1036 dem Gesamtschuldner, der erfüllt hat, einen Rückgriff nur im Falle einer Gemeinschaft oder eines Auftragverhältnisses zugesteht. Diese Vorschrift hat sich unser Bürgerliches Gesetzbuch begreiflicherweise nicht zum Vorbild genommen, sondern hat in § 426 den im Laufe der Zeit zur Geltung gekommenen Grundsatz von der gleichmäßigen Verteilung der Schuldenlast zum Ausdruck gebracht.

Überblicken wir die dargestellten Momente aus der Geschichte des Rückgriffs, so gewahren wir von rohen Anfängen

---

[16]) Code civil art. 1213: L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.

[17]) Allgem. BGB. § 896 Satz 1: Ein Mitschuldner zur ungeteilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, ist berechtigt, auch ohne geschehene Rechtsabtretung von den übrigen Ersatz, und zwar, wenn kein anderes Verhältnis unter ihnen besteht, zu gleichen Teilen zu fordern.

ausgehend eine immer fortschreitende Entwicklung bis zur Vorschrift des § 426 BGB. Der Ausgleich nach Kopfteilen kann jedoch nicht den Höhepunkt bedeuten; denn auch er wirkt in manchen Fällen noch zu hart. Als Beispiel diene folgender Fall: A läßt entgegen einem polizeilichen Verbot seinen friedlichen Hund innerhalb der Stadt ohne Maulkorb herumlaufen. B, der dem C schon lange einen Schaden antun will, benutzt dies. Er reizt den Hund zur Wut und hetzt ihn auf C. C wird schwer verletzt. B kann, nachdem er den Schaden ersetzt hat, die Hälfte von A gemäß §§ 840, 426 BGB. einfordern, mit dem er auf Grund von §§ 823, 830 BGB. als Gesamtschuldner haftet. Diese völlig gleiche Belastung des harmlosen A und des frivolen B ist nicht gerecht. Deshalb ist noch eine weitere Verfeinerung des Ausgleichs, nämlich nach Gründen der Billigkeit, zu erstreben.

§ 3.

2. Der Rückgriff nach Gründen der Billigkeit.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch ermöglicht eine billige Verteilung durch die Vorschrift des § 426 Abs. 1 Satz 1: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Mit diesen Worten durchbricht es den Grundsatz von der mechanischen Ausgleichung nach Kopfteilen und öffnet einer der Verschiedenheiten der einzelnen Fälle gerecht werdenden Behandlung die Tür.

Ein „anderes“ kann bestimmt sein durch das Gesetz selbst, durch Parteivereinbarung oder die Umstände. Für die Annahme, daß nur durch Vertrag etwas anderes angeordnet

werden könne,[1]) fehlt jeder Grund. Zu weitgehend ist es andererseits, in der Bestimmung der Geltung von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr (§ 242) eine allgemeine Abweichung von der gleichen Verteilung zu erblicken und dem Richter zur praktischen Durchführung des Billigkeitsgedankens ein schrankenloses freies Ermessen einzuräumen.[2]) Zunächst ist doch § 426 dem § 242 gegenüber lex specialis,[3]) und außerdem kann das im § 242 ausgesprochene Leitprinzip überhaupt nicht die Existenz oder materielle Änderung einer Forderung begründen.[4]) Außer durch Vertrag kann eine abweichende Bestimmung auch durch einseitige Verfügung getroffen werden, ähnlich der im § 2151 Abs. 3 erwähnten Verfügung des Erblassers.[5])

Die vertragsmäßigen Abweichungen werden sich meist leicht feststellen lassen, z. B. hat ein Gesamtschuldner, der die Schuld schenkungsweise bezahlt, keinen Rückgriff. — Zweifelhafter können die durch die Umstände hervorgerufenen Verschiebungen sein. Besonderes Interesse erweckt hier die Frage, ob ein Gesamtschuldner schon dann ein Rückgriffsrecht gegen die anderen habe, wenn er nur in Höhe seines Anteils oder auch erst eine seinen Anteil noch nicht erreichende Summe gezahlt hat. Meist wird das Vorhandensein eines Regresses bejaht,[6]) im Hinblick darauf, daß der Leistende ja auch für

[1]) So Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgem. Teil S. 51V, 2c.

[2]) So Rumpf, Teilnahme an unerlaubten Handlungen S. 87, 88.

[3]) Reichel, Schuldmitübernahme S. 556,7.

[4]) Oertmann § 426 Bem. 2e.

[5]) Enneccerus § 318 Anm. 5.

[6]) Planck § 426 Bem. 1; Staudinger § 426 Bem. 2; Crome § 207 Anm. 52; Dernburg § 163 Anm. 6; Koban, Der Regreß S. 149; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 464; ROHG. Bd. 24 S. 99 für das preußische Recht.

den Rest dem Gläubiger mit dem anderen weiterhaftet. Doch halte ich dies mitunter für sehr unpraktisch: Z. B. zwei Gesamtschuldner, A und B, schulden zusammen 1000, im Innenverhältnis jeder 500. Sie zahlen die Summe in kleinen Raten ab, bald der A, bald der B. Soll da jedesmal A gegen den B und B gegen den A auf die Hälfte des Gezahlten Regreß haben? Das führt zu einem ewigen Hin- und Herwandern des Geldes, bis es schließlich in die Hände des Gläubigers gelangt. Für den Ausschluß des Rückgriffs spricht außerdem noch folgende Erwägung.[7]) Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gewissen Anteilen verpflichtet. Leistet einer von ihnen weniger als seinen Anteil, so hat er seine Pflicht den anderen gegenüber noch nicht erfüllt. Auch hat er kraft dieser Pflicht dafür zu sorgen, daß die anderen von jeder über ihren Anteil hinausgehenden Leistung befreit werden. Er erfüllt durch Leistung seiner Quote nicht mehr, als was ihm seinen Genossen gegenüber obliegt, und kann also von ihnen dafür nicht noch Ersatz verlangen.

Trotzdem kann ich mich der den Regreß immer versagenden Ansicht nicht endgültig anschließen, vielmehr scheint mir die von Schulz eingenommene Mittelstellung das Richtige zu sein.[8]) Der durch Gewährung eines Rückgriffs erstrebte Zweck ist die Vermeidung einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung. Eine solche droht einzutreten, wenn jemand eine fremde Verbindlichkeit erfüllt. Man unterscheidet materiell und formell fremde Schuld.[9]) Materiell fremd ist die Schuld dann für mich, wenn die Gegen-

[7]) Enneccerus § 318 Anm. 10; Oertmann § 426 Bem. 1; Reichel S. 555, 556 Anm. 1; Zachariä-Crome § 407 für das französische Recht.

[8]) Schulz S. 58 VII.

[9]) Schulz S. 32 II, 1.

leistung nicht mir zugute kommt, sondern einem andern. Ob sie auch formell meine eigene ist, d. h. ob ich selbst mich als Schuldner, z. B. als Bürge, verpflichtet habe, ist ohne Belang. Tilge ich nun eine solche mir materiell fremde Schuld, so steht mir ein Ersatzanspruch gegen den zu, für den sie eine eigene ist. Dieser Gedanke hat auch im Bürgerlichen Gesetzbuch seinen Ausdruck gefunden.[10]) Befriedigt z. B. im Falle des § 268 ein Dritter den Gläubiger, so erwirbt er gleichzeitig die Forderung gegen den Schuldner (§ 268 Abs. 3). Ebenso verhält es sich bei dem den Gläubiger befriedigenden Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner (§ 774 Abs. 1) und ähnlich bei dem in Anspruch genommenen Tierhalter gegenüber dem, der schuldhaft den durch das Tier angerichteten Schaden verursacht hat (§ 840 Abs. 3). Deshalb hat auch ein Gesamtschuldner gegen seinen Mitschuldner insoweit Regreß, als er eine fremde Verbindlichkeit erfüllte. Hat A ein Darlehn von 30, B eins von 70 erhalten und haften sie beide solidarisch auf Rückgabe, so hat A bei einer Zahlung von 50 an den Gläubiger gegen B einen Rückgriff auf 20; denn in dieser Höhe tilgte er seine fremde Schuld. Umgekehrt hat B bei gleicher Zahlung gegen A keinen Anspruch; denn er erfüllte ja nur innerhalb der eigenen Leistungspflicht.

Wie ist es nun, wenn die Schuld für beide gleichmäßig eine fremde ist, wenn A und B in Höhe von 1000 für C Bürgen sind?[11]) Hier kann von einem Ersatzanspruch aus Erfüllung fremder Verbindlichkeit keine Rede sein. Denn dieser geht nur gegen den, für den sie eine eigene ist. A und B sind als Mitbürgen Gesamtschuldner und also einander ausgleichungs-

---

[10]) Schulz S. 33, 34, 41.

[11]) Schulz S. 45.

pflichtig (§§ 769, 774 Abs. 2, 426). Der Rückgriff hat hier in ihrem gegenseitigen Verhältnis seinen Grund, keiner von ihnen soll besser, keiner schlechter als der andere gestellt sein. Wenn A und B auf die Einrede der Vorausklage verzichtet haben und A vom Gläubiger in Höhe von 500 in Anspruch genommen wird, hierauf der Schuldner C die Schuld durch Zahlung der fehlenden 500 tilgt und nun insolvent wird, so muß dem A gegen B ein Ersatzanspruch auf 250 zustehen. Denn es geht nicht an, daß der eine den endgültigen Verlust tragen und dies noch dazu von der zufälligen Wahl des Gläubigers abhängen soll.

Wir kommen also dazu, die oben gestellte Frage nach Zulässigkeit des Rückgriffs bei einer nicht über seinen Anteil hinausgehenden Zahlung eines Gesamtschuldners in den Fällen zu bejahen, in denen die Schuld für alle voll und ganz eine fremde, und dort zu verneinen, wo sie nur teilweise eine fremde, innerhalb des auf den betreffenden Gesamtschuldner entfallenden Anteils aber eine eigene ist.

§ 4.

a) Die gesetzlichen Ausnahmen von der gleichanteiligen Belastung der Gesamtschuldner.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch sowie in anderen Gesetzen gibt es eine Reihe von Vorschriften, die „etwas anderes“ im Sinne des § 426 Abs. 1 bestimmen.

So werden beispielsweise die Gesamtschuldner des Wechselrechts (Art. 81 WO.) in den seltensten Fällen, d. h. nur, wenn es ausdrücklich vereinbart ist, im Innenverhältnisse einander nach Kopfteilen verpflichtet sein.[1])

---

[1]) RG. in JurW. 1902 Beil. S. 234; Seufferts Arch. Bd. 61 S. 394.

Im folgenden wollen wir jedoch unsere Untersuchung möglichst auf die Normen des bürgerlichen Rechts beschränken. Als solche kommen die Vorschriften der §§ 812, 840, 841, 1833 BGB. in Frage.

Wenn A in der irrtümlichen Annahme, dazu verpflichtet zu sein, der Schuld des B als Gesamtschuldner beitritt und dann die Schuld bezahlt, so kann er von B nicht nur die Hälfte, sondern die ganze Summe als Ausgleich fordern, denn um diese ist B bereichert. Hier ist durch die Vorschrift des § 812 ein „anderes" bestimmt.[2])

Ausdrücklich spricht dies für andere Fälle der § 840 aus. Er unterscheidet drei Gruppen von Schadensersatzpflichtigen[3]):

1. solche, die durch schuldhaftes Handeln einen Schaden verursacht haben (§§ 823—826),

2. Aufsichtspflichtige, bei denen eine Schuldvermutung besteht (§§ 831, 832), und

3. diejenigen, die ohne Verschulden allein infolge der durch sie verursachten Gefährdung für einen entstandenen Schaden haften (§§ 833 ff.).

I. Treffen Angehörige verschiedener dieser Gruppen zusammen, so gestaltet sich der innere Ausgleich meist einfach, nämlich in der Weise, daß diejenigen, denen ein größeres Verschulden zur Last fällt, vor den anderen haften, also die aus schuldhafter Handlung Verpflichteten vor denen mit nur vermutetem Verschulden und diese beiden wieder vor den aus Gefährdungshaftung Verantwortlichen (§ 840 Abs. 2 u. 3). Zweifel bestehen hier hinsichtlich der außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs statuierten Gefährdungshaftungen. Erwähnt

---

[2]) Enneccerus § 318 II, 2 Anm. 6.

[3]) Rumpf S. 120.

seien der § 1 HaftpflG., § 26 GewO. und § 148 allgem. BergG. für die preußischen Staaten.

Man denke sich den Fall, daß jemand vorsätzlich durch Legen von Dynamit einen Zug zum Entgleisen zu bringen sucht. Bei der eintretenden Katastrophe platzt der Maschinenkessel, und infolgedessen wird ein auf seinem Felde arbeitender Landmann durch herumfliegende Eisenteile verletzt. Der Betriebsunternehmer der Eisenbahn ersetzt den dem Bauer entstandenen Schaden (§ 1 HaftpflG.). Hat er nun gegen den dolosen Dritten vollen oder anteiligen Regreß?[4])

Meiner Ansicht nach muß der schuldhafte Täter vollen Ersatz leisten. Denn hier liegt derselbe rechtspolitische Gedanke zugrunde, der im § 840 BGB. für die in den §§ 833 ff. angeordnete Gefährdungshaftung ausgesprochen ist: daß der schuldhaft Handelnde vor dem schuldlos Haftenden die Ersatzpflicht zu tragen hat. Es hieße eine Prämie auf die vorsätzliche Schadensstiftung setzen, wollte man dem dolosen Täter gestatten, sich auf die Gefährdungshaftung derer zu berufen, deren Einrichtungen er zum Mittel seiner verbrecherischen Handlungen macht. Dasselbe trifft bei fahrlässiger Mitverursachung eines Schadens zu, wenn auch hier die maßgebenden Momente nicht so stark hervortreten.

II. Beim Zusammentreffen von Angehörigen derselben Gruppe läßt sich die Entscheidung oft nicht ohne genaue Prüfung der Umstände treffen. Denkbar sind folgende Fälle:

1. Zwei oder mehrere dolose Schädiger haften als Gesamtschuldner. Hat der Zahlende einen Ausgleichungsanspruch? Das römische Recht versagte den Rückgriff: quia proprii

---

[4]) Für letzteres Enneccerus § 318 Anm. 4; zweifelnd Oertmann § 840 Bem. 2 d.

delicti poenam subit: quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus: nec enim ulla societas maleficorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.[5])

In eben demselben Sinn, allerdings unter Vermeidung der von den Römern verwandten strafrechtlichen Gesichtspunkte,[6]) entscheidet auch das ALR. I, 6 § 34: „War aber der Schade von Mehreren vorsätzlich veranlaßt worden, so findet unter ihnen kein Regreß statt".

Unserem Gesetz ist eine derartige Bestimmung unbekannt, es läßt also den Rückgriff unter mehreren vorsätzlichen Tätern zu. Deshalb ist es nicht richtig, ihn dennoch unter Hinweis darauf zu verneinen, daß sich niemand auf seinen eigenen Vorsatz berufen dürfe,[7]) denn erstens beruft sich der Regredient nicht auf seinen dolus, sondern auf den seines Mittäters, und zweitens fehlt jeder Grund dazu, einen der beiden Täter frei ausgehen zu lassen.

2. Anders liegt die Sache, wenn dem einen Schadenstifter nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, dann ist es billig, ihn besser zu stellen als seinen Mitschuldner. Das Gesetz enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung hierüber, doch läßt sich der angestrebte Erfolg im Wege der Analogie erreichen.

Den Ausgangspunkt bildet § 254, der bei vorliegendem Verschulden des Geschädigten die Verpflichtung des Täters zum Schadensersatz nach Verhältnis des beiderseitigen Verschuldens bemißt. Diese Vorschrift ist allerdings nur für das Verhältnis von Schädiger und Verletzten berechnet, doch steht

---

[5]) l. 1 § 14 D. 27, 3; vgl. Savigny S. 250.

[6]) Schulz S. 48.

[7]) So Kohler in seiner Enzyklopädie S. 663; dagegen Schulz S. 48.

nichts im Wege, den dort ausgesprochenen Gedanken auf die Beziehungen zwischen mehreren als Gesamtschuldner haftenden Schadensstiftern entsprechend anzuwenden. Denn hier liegen die gleichen Voraussetzungen vor. Ein eingetretener Schaden läßt sich zurückführen auf mehrfaches Verschulden. Auch steht unserem Analogieschluß die Anordnung der gleichen Verteilung in § 426 Abs. 1 nicht im Wege, denn diese erleidet — wie wir gesehen haben und noch sehen werden — eine so beträchtliche Reihe von Ausnahmen, daß sie schließlich nur als Hilfsregel und Verlegenheitsvorschrift erscheint.[8])

Zu demselben Ergebnis, aber von dem oben besprochenen § 242 ausgehend, gelangt Rumpf.[9])

Einen dritten Weg nimmt das OLG. Stuttgart.[10]) Es sucht den billigen Ausgleich darauf zu stützen, „daß der übereinstimmende, wenn auch nicht ausgesprochene Wille der Schadensstifter auf Verteilung des Schadens nach Billigkeitsgrundsätzen ging". Diese Begründung halte ich jedoch für sehr bedenklich, denn sie enthält für alle die Fälle, in denen die Täter diesen Willen nicht hatten — und den hat der fahrlässig Handelnde doch wohl nie —, eine Fiktion. Greifen wir schon im allgemeinen ungern zu diesem Aushilfsmittel, so ist es in den Fällen noch weniger angebracht, in denen wir mit in der Wirklichkeit vorhandenen Mitteln ein angemessenes Ergebnis erzielen können.

---

[8]) vgl. Enneccerus § 318 II, 3 Anm. 7; Oertmann § 840 Bem. 2; Reichel S. 556; Schulz S. 32; RGE. Bd. 75 Nr. 61; JurW. 1911 S. 753; Recht und Wirtschaft Heft 4 S. 127; schweiz. ObIR. Art. 60 Abs. 2: Ob und in welchem Umfange demjenigen, welcher gezahlt hat, ein Regreß gegen die Mitschuldigen zusteht, wird durch richterliches Ermessen bestimmt.

[9]) S. 86; oben S. 10.

[10]) Recht 1909 Nr. 1114.

3. Wenn neben dem Täter ein Gehilfe als Gesamtschuldner verpflichtet ist, so scheint es billig, im Ausgleich zugunsten des Gehilfen eine Änderung eintreten zu lassen. Dernburg versagt den Rückgriff des Haupttäters gegen den Gehilfen ganz,[11]) andere[12]) nur teilweise.

Die Begründungen für die Abweichungen sind verschieden; meist beruft man sich auf die Billigkeit.[13]) Doch läßt sich damit allein nichts beweisen. Cosack[14]) empfiehlt die analoge Anwendung von § 817 und hält einen Rückgriff des Täters gegen andere, die im Vergleich zu ihm nur gering zu dem Erfolg beigetragen haben, für unsittlich.

Meiner Meinung nach läßt sich auch hier eine billige Verteilung einleuchtender durch Verwertung des § 254 begründen. Der § 254 schreibt nicht nur Kompensation des auf beiden Seiten vorliegenden Verschuldens, sondern auch der verschiedenen Verursachung vor. Er bestimmt, daß die Leistung des Schadensersatzes von den Umständen abhängt, insbesondere davon, „inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden“ sei. Genau genommen läßt sich von einem überwiegenden Verursachen nicht reden, denn jede Ursache ist Bedingung für den eingetretenen Erfolg, fehlt eine, so kann der Erfolg nicht entstehen. Doch ist es denkbar, daß der eine Teil mehr Bedingungen für den Erfolg gesetzt hat als der andere, und um auch diese gegeneinander zur Aufhebung zu bringen und nicht nur das Verschulden, gebraucht das Gesetz den Ausdruck: vorwiegendes

[11]) Dernburg § 1164 IV S. 428.

[12]) Crome § 207 II, 2 Anm. 52; Cosack § 164 I, 4; Isay, Geschäftsführung ohne Auftrag S. 404; Rumpf S. 82.

[13]) So Dernburg a. a. O.

[14]) Cosack § 164 I, 4 Anm. 7.

Verursachen.[15]) Haben wir oben den § 254 entsprechend angewandt, wie es sich um Ausgleichung mehrseitigen Verschuldens handelte, so können wir es auch hier tun, wo auf verschiedenen Seiten Bedingungen für den Erfolg gesetzt worden sind, so daß sich hieraus eine Beeinflussung des Rückgriffs zugunsten des Gehilfen ergibt.

4. Betrachten wir das Zusammentreffen von Angehörigen der bevorzugten Gruppen, so enthalten die im § 840 Abs. 2 geregelten Fälle keine Schwierigkeiten. Hier ist neben dem aus vermutetem Verschulden Ersatzpflichtigen noch ein Beaufsichtigter vorhanden (§§ 831 u. 832), und der Rückgriff regelt sich wie oben unter I.

5. Anders ist es bei mehreren Angehörigen der dritten Gruppe (§ 840 Abs. 3). Treffen mehrere Jagdherren zusammen, so ist der Regreß sehr einfach im § 840 Abs. 1 in Verb. mit § 835 Abs. 3 nach der Größe der Grundstücke geregelt. Für alle anderen Kombinationsmöglichkeiten dieser Gruppe schweigt das Gesetz über die Gestaltung des Rückgriffs, denn dadurch, daß es im § 840 Abs. 3 das Verhältnis zwischen dem aus §§ 833—838 Ersatzpflichtigen und einem Dritten regelt, bestimmt es noch nichts über die Ausgleichung unter den erwähnten Ersatzpflichtigen selbst.

Dieses sind nicht nur die aus rein kausaler Schadensstiftung verantwortlichen Personen, sondern auch solche, für die eine Schuldvermutung besteht, nämlich die nach §§ 834, 836, 837, 838 Verhafteten. Wir werden beim Zusammentreffen von letzteren mit aus reiner Gefährdung Verantwortlichen den Rückgriff zugunsten dieser gestalten müssen.

Fällt vom Dache des Hauses des A ein Ziegelstein herab

---

[15]) Enneccerus § 236, 4 Anm. 13, 14.

und wird das davor stehende Pferd des B dadurch so erschreckt, daß es einen Spaziergänger überrennt, so scheint mir im Innenverhältnis der A den ganzen Schaden tragen zu müssen. Denn er hätte ja durch Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Schaden abwenden können. Gelingt es ihm aber, die Schuldvermutung des § 836 zu entkräften, so haftet er überhaupt nicht mit B als Gesamtschuldner.

In gleicher Weise hat der nach § 833 neben einem Aufsichtspflichtigen nach § 834 verhaftete Tierhalter gegen den Aufsichtspflichtigen vollen Regreß. Es ist nicht zutreffend, wenn v. Liszt[16]) hinsichtlich des Tierhalters die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 für gegeben hält. Denn der Tierhalter haftet ja nicht aus Verschulden, sondern aus Gefährdung, wie soll er sich da exkulpieren? Unsere Auffassung entspricht der Billigkeit und dem Sinne des Gesetzes besser und steht keineswegs, wie Rumpf befürchtet,[17]) mit dem Wortlaut des § 840 Abs. 3 in Widerspruch. Dieser äußert sich über die Ausgleichung unter den bevorzugten Ersatzpflichtigen überhaupt nicht.

Als Fälle reiner Gefährdungshaftung bleiben für das Bürgerliche Gesetzbuch lediglich die §§ 833 u. 835 übrig. Schwierigkeiten macht nur § 833; wenn ein mehreren Miteigentümern gehöriges Pferd einen Schaden verursacht, so haften die Eigentümer richtiger Ansicht nach als Gesamtschuldner und nicht als Teilschuldner nach Maßgabe der Gemeinschaft,[18]) denn die Ersatzpflicht aus § 833 ist eine solche aus unerlaubter Handlung. Die Eigentümer sind also

---

[16]) v. Liszt, DelObl. S. 108.

[17]) Rumpf S. 121.

[18]) So Isay in Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 319.

nach §§ 830 u. 840 Gesamtschuldner.[19]) Die Gemeinschaft ist für Ausgleichsverhältnis untereinander von Einfluß. Fehlt sie, wie in dem Falle, in dem zwei verschiedenen Eigentümern gehörende Hunde einen Menschen anfallen, so ist in Ermanglung anderer Anhaltspunkte unter den Eigentümern ein Rückgriff zu gleichen Teilen zu gewähren.

6. Wenn mit einem Angehörigen der bevorzugten dritten Gruppe ein aus Gefährdung Haftender anderer Gesetze, wie z. B. des Reichshaftpflichtgesetzes, zusammentrifft, so hängt ihr Ausgleichungsverhältnis von der Frage ab, ob der aus rein kausaler Schadensstiftung Verantwortliche „ein Dritter" im Sinne des § 840 Abs. 3 ist oder nicht. Dies wird vom Reichsgericht mehrfach bejaht, scheint mir jedoch den tatsächlichen Verhältnissen nicht zu entsprechen.[20])

In Berlin war durch einen vorüberfahrenden Stadtbahnzug ein in einer nahen Straße haltendes Pferd scheu geworden und hatte einen mit geometrischen Arbeiten beschäftigten Feldmesser umgerannt. Ein Verschulden lag auf keiner Seite vor. Das Reichsgericht gab dem Eigentümer des Pferdes gegen die Stadtbahn vollen Regreß. In der Begründung wird unter anderem ganz richtig ausgeführt, daß die Bezeichnung „unerlaubte Handlung" als Überschrift über dem 25. Titel im weiteren Sinne zu verstehen und deshalb die Verantwortlichkeit aus dem Haftpflichtgesetz auch als eine solche aus unerlaubter Handlung anzusehen sei.[21]) Da jedoch die im § 840

---

[19]) Planck § 833 Bem. 7; Neumann § 840 Bem. 3a; RGE. Bd. 53 S. 123, Bd. 60 S. 313, Rspr. Bd. 5 S. 250; JurW. 1905 S. 289; Prot. Bd. 2 S. 646; 2. Entw. § 734 II.

[20]) RGE. Bd. 53 S. 114, Bd. 58 S. 355, Bd. 61 S. 56; schwankend Oertmann § 840 Bem. 2a; richtig Schulz S. 50; Rumpf S. 125.

[21]) RGE. Bd. 53 a. a. O.

normierte Behandlung der §§ 833—838 nur eine Ausnahmebestimmung und nicht eine allgemeine Rechtsregel enthalte, sei es nicht angängig, sie auf andere außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegende Fälle auszudehnen.[22])

Das ist doch nur ein äußerlicher Grund. In Wahrheit muß der für die Schadensverteilung maßgebende Gedanke, den das Reichsgericht selbst in einer neueren Entscheidung ausspricht,[23]) nämlich, daß der schuldlos Haftende den Schaden auf die Schuldigen abwälzen kann, doch für alle aus einer Kausalhaftung verantwortlichen Personen gelten, einerlei, ob ihre Ersatzpflicht zufällig im Bürgerlichen Gesetzbuch, im allgem. Bergbaugesetz, Haftpflichtgesetz oder sonstwo geregelt ist. Deshalb halte ich es auch hier für richtiger, unter Verwertung unserer oben an Hand des § 254 gewonnenen Ergebnisse einen Ausgleich nach Kopfteilen oder, wenn genügende Anhaltspunkte vorhanden sind, nach Billigkeitsgründen zu geben.

Dieselbe Tendenz, den Rückgriff den Umständen angemessen und gerecht zu gestalten, drücken die §§ 841, 1833 für spezielle Fälle aus, auf die wir hier nicht näher eingehen brauchen. Erwähnt mag nur noch werden, daß bei Zusammentreffen mehrerer fahrlässiger Beamter die §§ 840 Abs. 1 und 426 anzuwenden sind und nicht die Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2: „Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag", da ja sonst überhaupt keiner von ihnen in Anspruch genommen werden könnte.[24])

---

[22]) RGE. Bd. 58 a. a. O.; so auch Komm. d. RGRäte § 840 Bem. 5.

[23]) RGE. Bd. 71 S. 8.

[24]) RGE. Bd. 51 S. 278.

Aus all den vorliegenden Fällen ergibt sich, daß der Rückgriff möglichst nach Billigkeit zu gewähren ist, und daß die Ausgleichung nach Kopfteilen nur subsidiäre Bedeutung hat, nur „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Diese Erkenntnis wird für uns die Brücke zur Lösung der Schwierigkeiten bei der sogen. unechten Gesamtschuld bilden, denn wir können auf diese Weise leicht die allgemein behauptete Ansicht[25]) widerlegen, daß § 426 hier nicht anwendbar sei, weil er Ausgleichung nach Kopfteilen vorschreibe.

b) Der Rückgriff im Fall der sogen. unechten Gesamtschuld.

§ 5.

a) Geschichtlicher Rückblick über die Lehre von der Gesamtschuld.

Als sogen. unechte Gesamtschuldverhältnisse pflegt man[1]) die Fälle zu bezeichnen, in denen unter den Gesamtverpflichteten ein inneres Band fehlt. Sie stehen gleichsam nur zufällig für dieselbe Forderung ein, und der Grund ihrer Haftung beruht nicht auf derselben, sondern auf verschiedenen Ursachen, nicht auf eadem, sondern alia causa. — Ein beliebtes Schulbeispiel ist der Fall, in dem der Gläubiger sowohl gegen den Brandstifter oder Dieb wie gegen den Versicherer einen

---

[25]) vgl. Enneccerus § 313 II, 3, § 318 II, 6; Dernburg § 160 V; Crome § 206 II, 3; Oertmann § 426 Bem. 2c; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 292 ff.; DJZ. 1905 S. 814 Beil. Nr. 65 u. a.

[1]) Enneccerus § 313 II, 3; Oertmann Vorbem. zu § 840; Crome Bd. 2 § 206; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 124; Donnevert S. 33 ff.; Guhl S. 171 ff.; Jherings Jahrb. Bd. 24 S. 185/86; Hartmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 397; Eisele im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77 S. 485; DJZ. 1905 S. 814; RGE. Bd. 67 S. 132, Bd. 70 S. 409.

Schadensersatzanspruch hat. Dieb und Versicherer haften ihm als Gesamtschuldner. Doch verneint man hier die Möglichkeit, alle Vorschriften der §§ 421 ff. anwenden zu können, insbesondere nicht den § 426; denn unmöglich könne unter Versicherer und Dieb ein Ausgleich nach Kopfteilen stattfinden. Das verlangt aber § 426 auch gar nicht, denn er weist ja selbst auf andere Gesetzesbestimmungen hin, durch die „ein anderes" bestimmt wird. Als solche kommen beispielsweise § 255 BGB. und § 67 Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag in Frage.

Doch hierüber und über die Anwendbarkeit der anderen Vorschriften der §§ 421 ff. später. Zunächst wollen wir uns eine feste Grundlage schaffen durch Erkenntnis des historischen Entwicklungsgangs, der zur Unterscheidung von „echten" und „unechten" Gesamtschuldverhältnissen geführt hat. Schon die Bezeichnung „unechte Gesamtschuldverhältnisse" verdient das größte Mißtrauen. Andere Benennungen sind: „unvollkommene", „unechte", „zufällige" oder gar „Inzidentsolidarität".[2]) Alles Unechte im Bürgerlichen Gesetzbuch ist verdächtig, zum mindesten überflüssig. Man denke beispielsweise an die nutzlose Unterscheidung von echter und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag.[3])

Bei unserem geschichtlichen Rückblick wollen wir nicht auf den alten Streit zwischen der Einheit und Mehrheitstheorie und ihren verschiedenen Abarten eingehen.[4]) Das hat

---

[2]) vgl. außer den in Anm. 1 Zitierten noch Reichel S. 49.

[3]) Isay, Geschäftsführung S. 99 ff.; dazu Leonhard in Krit.VSchr. Bd. 44 S. 406.

[4]) Als Vertreter seien statt vieler genannt: für die Einheitstheorie Keller, Litiskontestation S. 413; Ribbentrop, Korrealobligationen § 11; v. Vangerow Bd. 3 § 573 Anm. 1; Windscheid-Kipp Bd. 2

für unsere Untersuchung keinen Zweck. Wir charakterisieren nur kurz die tatsächliche Sachlage: Der Gläubiger hat mehrere Forderungen, die durch die Identität des Leistungszwecks derart verbunden sind, daß mit der Erfüllung der einen die anderen gegenstandslos werden.

Was wir mittels der historischen Betrachtung erkennen wollen, ist vielmehr die Tendenz, nach der sich unser Rechtsgebilde im Laufe der Jahrhunderte unter dem Einfluß der Gesetzgebungen und der verschiedenen Strömungen in der Rechtswissenschaft entwickelt hat.

Im römischen Recht bestand der Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen. Erstere waren solche, bei denen das gesamtschuldnerische Verhältnis absichtlich durch den darauf gerichteten Parteiwillen geschaffen wurde, letztere solche, die rein zufällig entstanden. Für die Zeit des klassischen Rechts wird diese Spaltung verneint von Binder,[5]) meiner Meinung nach mit Unrecht, wie sich aus der Gegenüberstellung der Stellen l. 2 D. 45, 2 und l. 5 pr. 9, 4 ergibt. In der ersteren hat die Klageerhebung gegen einen Gesamtschuldner befreiende Wirkung für alle: Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilationeve unius tota solvitur obligatio, in der zweiten nicht: ... si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur ...[6])

---

§ 293; für die Mehrheitstheorie Hartmann, Die Obligation S. 77; Binder, Korrealobligation S. 49; vgl. auch die Zusammenstellung bei Reichel S. 28ff. und Windscheid § 293 Anm. 1; Abart: eine Schuld, mehrere Haftungen; vgl. v. Schwerin, Schuld und Haftung S. 30.

[5]) Korrealobligationen § 21 S. 369ff., 393.

[6]) vgl. noch andere Stellen bei Ribbentrop § 1.

Doch gibt auch Binder für das spätere römische Recht die Unterscheidung als sicher bestehend zu.[7]) In der Folgezeit verliert sie dann wieder ihre Berechtigung, da ihr Merkmal: die befreiende Wirkung der Litiskontestation für die eine Gruppe, während für die andere erst die Erfüllung die Schuld für alle Schuldner erlöschen ließ, durch Justinian beseitigt wurde. Er legte für beide Arten erst der Befriedigung gesamtzerstörende Wirkung bei: ... generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fideiussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere ius integrum, donec in solidum pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras ... donec per omnia ei statisfiat.[8])

Infolgedessen macht auch nach der Rezeption das gemeine Recht diese Unterscheidung nicht.[9]) Erst die Lehre von Keller und Ribbentrop brachte einen Umschwung, und zwar nicht zum Besseren. Keller in seiner Litiskontestation und Ribbentrop in seiner Lehre von den Korrealobligationen schieden scharf zwischen Korrealität und Solidarität. Ersterer lag nach ihrer Meinung eine einheitliche Forderung zugrunde, während letztere aus einer Mehrheit von Forderungen bestand. Ihre Ausführungen machten so großen Eindruck, daß die

---

[7]) Binder § 22 S. 403.

[8]) l. 28 C. 8, 40.

[9]) Binder § 27; Ribbentrop § 2: ausführliche Besprechung der damaligen Literatur; vgl. auch Kohler, Enzykl. S. 663.

meisten Schriftsteller sich ihnen anschlossen[10]) und fast niemand ihnen entgegenzutreten versuchte.[11]) Ja man behauptete[12]): „Keine neuere Gesetzgebung wird den Versuch wagen dürfen, ihn (den Unterschied) zu beseitigen, ohne gewärtigen zu müssen, daß er durch die zwingende Macht des Rechtslebens wieder in seine Rechte eingesetzt werde".

Demgegenüber wollen wir kurz beleuchten, wie sich die Gesetzgebungen der gemeinrechtlichen Zeit tatsächlich verhalten haben.

Dem allgem. Landrecht[13]) ist eine Unterscheidung von Korreal- und Solidarobligationen nicht bekannt. Ebensowenig dem bayr. Landrecht.[14]) Auch das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch spricht nur von einer Gesamtschuld, wiewohl es in der österreichischen Literatur hierüber nicht an Kontroversen fehlt.[15]) Im selben Sinne lauten die Bestimmungen des code civil,[16]) und die Bestrebungen der französischen Praxis, neben die im Gesetz geregelte solidarité eine sogen. solidarité imparfaite zu setzen, entsprechen nicht dem geschriebenen Recht. In gleicher Weise entscheidet das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch.[17])

Aus allen diesen Kodifikationen erhellt zur Genüge die Tendenz, eine überflüssige Unterscheidung zu beseitigen und

---

[10]) vgl. die oben in Anm. 1 Zitierten.

[11]) Gegen die Unterscheidung von Korrealität und Solidarität Eisele im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77 S. 374.

[12]) Jhering in seinen Jahrb. Bd. 24 S. 185/86.

[13]) ALR. I, 5 §§ 424ff.

[14]) Bayr. LR. IV, 1 § 21.

[15]) Allgem. BGB. § 891; Hasenöhrl Bd. 1 § 9 Ziff. 6 gegen v. Schey, Österr. ObIR. § 83.

[16]) Code civil art. 1197, 1201ff.

[17]) Sächs. BGB. § 1019.

das sowieso nicht ganz einfache Rechtsinstitut möglichst verständlich zu gestalten. Deshalb ist es nicht richtig von der Wissenschaft, an Stelle der überwundenen Unterscheidung von Solidar- und Korrealobligationen eine neue von echten und unechten setzen zu wollen und die heillose Verwirrung der gemeinrechtlichen Korrealitätsliteratur für unsere jetzt geltenden Rechtsbegriffe fortzusetzen.

§ 6.

β) Behandlung der Gesamtschuld im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Unterschied zwischen verschiedenen Arten von Gesamtschuldnern endgültig und absichtlich beseitigt.[1]) Dies ist ihm dadurch gelungen, daß es bezüglich der Gesamtwirkungen im Gegensatz zum früheren Rechte einen Mittelweg eingeschlagen hat.

Im römischen und gemeinen Recht wirkte mit Ausnahme des Schuldnerverzugs[2]) jede Veränderung des Schuldverhältnisses gegen alle Korrealschuldner, so das Verschulden des einen auch gegen die anderen: ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet,[3]) des-

---

[1]) Für Verneinung des Unterschieds ausdrücklich Dernburg §§ 160, 163; Binder S. 563, 583; Reichel S. 95; Rumpf S. 80. Mehr andeutungsweise RGE. Bd. 61 S. 76; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 202 Anm. 374; Mot. Bd. 2 S. 155.

[2]) l. 32 § 4 D. 22, 1: sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet ... l. 173 § 2 D. 50, 17: unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur.

[3]) l. 18 D. 45, 2; vgl. dazu Enneccerus § 316 Anm. 1; Binder S. 273.

gleichen die Verjährung, rechtskräftige Entscheidung und litis contestatio.[4]) Dagegen wirkte bei Solidarschuldnern alles dieses nur für und gegen den, in dessen Person es eintrat.

Anders ist es heute. Unser Gesetz stellt, ohne die Gesamtschuldner in zwei Gruppen zu teilen, die Wirkung in der Weise fest, daß bald alle, so bei Erfüllung und Erfüllungssurrogaten, Erlaß und Gläubigerverzug (§§ 422, 424), bald nur einzelne Schuldner betroffen werden, so bei Kündigung, Schuldnerverzug, Verjährung und anderen im § 425 erwähnten Rechtserscheinungen. Dabei versagt es jedoch elastisch und individualisierend abweichendem Parteiwillen keineswegs den Einfluß (§§ 423, 425 Abs. 1).

Infolgedessen lassen sich alle Gesetzesbestimmungen der §§ 421 ff. auf jeden nur möglichen Fall einer Gesamtschuld anwenden. Zunächst spricht schon ein rein äußerlicher Grund dafür. Wenn die über den 6. Abschnitt gesetzte Überschrift schlechthin: „Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern" lautet, so ist doch auch anzunehmen, daß die sich in diesem Abschnitt findenden Vorschriften auf alle Fälle einer solchen Mehrheit angewendet werden sollen, falls nicht ausdrückliche Ausnahmen vorgesehen sind, und dies ist nicht der Fall.

Der § 421 gibt uns eine Definition der Gesamtschuld. Eine solche liegt dann vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger sie aber nur einmal zu fordern berechtigt ist. Also kein Wort von einem einheitlichen Entstehungsgrund, einem inneren Verhältnis, einer Zweckgemeinschaft des Schuldners, wie es viele Schrift-

---

[4]) Enneccerus § 316 Anm. 5; vgl. die Aufzählung im § 317 Anm. 1.

steller verlangen.[5]) Lediglich mehrere nebeneinanderlaufende Leistungen, deren Endziel jedoch nur einmal verwirklicht werden soll, fordert der § 421. Leistet von zwei Gesamtschuldnern der eine, so erlischt die Forderung des Gläubigers gegen den anderen, denn der Zweck, die Befriedigung eines bestimmten Interesses des Gläubigers, ist erreicht. Die Gesamtschuldner haften also für ein und dasselbe Interesse des Gläubigers. Dies ist auch dann möglich, wenn sie nur zufällig und unbeabsichtigt nebeneinander zu stehen kommen.

In dem Beispiel, in dem der Verletzte sowohl einen Anspruch gegen den Dieb wie gegen den Versicherer hat, ist demnach ein richtiges Gesamtschuldverhältnis gegeben. Merkwürdigerweise wird dies von einigen Schriftstellern, die sonst auf dem Boden der eben entwickelten Auffassung stehen, in Abrede gestellt. Binder und Last verneinen hier nämlich die Identität des Zwecks.[6]) Der Versicherer leiste keinen Schadensersatz. Er erfülle vielmehr seine Verpflichtung aus dem Versicherungsvertrag, für die er als Gegenleistung die Prämienzahlungen erhalten habe.

Darin müssen wir Last zustimmen, daß man den juristischen und ökonomischen Zweck nicht durcheinanderwerfen darf.[7]) Doch ist seine Ansicht, in unserem Fall den juristischen Zweck für das maßgebende Kriterium zu halten, nicht ohne Bedenken. Der juristische Zweck der Zahlung des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalles ist

---

[5]) z. B. Oertmann Vorbem. 5c vor § 420; Vorteilsausgleichung S. 124, 293; Enneccerus § 313 II, 2, 3.

[6]) Binder S. 563ff., 583, 584; Last S. 31ff., 39ff.; Degenkolb im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 76 S. 27.

[7]) Last S. 32, 33, 37.

Tilgung des gegen ihn bestehenden Forderungsrechtes, ihr wirtschaftliches Ziel Ersatz des dem Versicherungsnehmer entstandenen Schadens. Desgleichen ist letzteres für die Leistung des Diebes ökonomischer, die Erfüllung des gegen ihn bestehenden Anspruchs aus unerlaubter Handlung juristischer Zweck. Wenn die Gegner diesen zur Beantwortung der Frage nach der Identität des Zwecks für maßgebend halten, so heißt das nichts anderes, als daß die sich gegen die einzelnen Gesamtschuldner richtenden Forderungen gleich sein müssen. Dies sind sie aber nur, wenn sie aus dem gleichen Rechtsgrunde entspringen, beispielsweise alle aus einem Kaufvertrag, aus einer durch mehrere begangene unerlaubte Handlung. Rühren sie dagegen von verschiedenen Ursachen her: aus einem Vertrag und Delikt oder aus mehreren selbständigen Verträgen, so sind sie nicht die gleichen, denn die eine ist eine Vertrags-, die andere eine Deliktsforderung, die eine eine Forderung aus dem Kaufvertrag mit A, die andere aus dem mit B. Die Gleichheit der Forderungen, die Identität des juristischen Zwecks würde also in letzter Linie wieder zurückführen auf die von uns überwundene Unterscheidung der aus eadem und alia causa entstandenen Gesamtschuldverhältnisse. Die Betonung des ökonomischen Zwecks ist allein das richtige, wie wir ja überhaupt immer den wirtschaftlichen Endzweck unserer Rechtsgebilde im Auge haben müssen, und nicht nur das nähere aus ihrer Funktion sich entwickelnde Ergebnis.

Betrachten wir nun den § 422. Er bestimmt, daß die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirkt. Zahlt also der Versicherer an den Versicherungsnehmer die Versicherungssumme aus, so wird der Dieb frei. Dieses Ergebnis hat man für ganz unhaltbar er-

klärt,[8]) denn es sei dann eine Abtretung des Anspruchs nach § 255 nicht mehr möglich. Für unseren Fall kommt heute statt des § 255 die speziellere Vorschrift des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag in Anwendung: „Steht dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen einen Dritten zu, so geht der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt“ (§ 67 Satz 1).

Das Argument der Gegner ist jedoch nicht stichhaltig. Denn auch im § 426 geht ja der Anspruch auf den befriedigenden Gesamtschuldner über, obwohl nach § 422 die übrigen Schuldner alle durch die Erfüllung befreit werden.[9]) Ebenso wie diese für alle wirkende Erfüllung also auf unseren Fall anwendbar ist, gilt dies auch von der Leistung an Erfüllungsstatt, der Hinterlegung, und der Aufrechnung (§ 422).

Der § 423 bietet nur geringe Schwierigkeit. Denn bei der Wirkung des Erlasses spielt der Parteiwille eine große Rolle. Dies macht den § 423 für alle Fälle verwendbar. An dem Ausdruck „das ganze Schuldverhältnis“ darf man sich nicht stoßen. Man darf nicht aus ihm folgern, daß nur gleichheitlich begründete Schuldverhältnisse hier in Frage kommen. Vielmehr will das Gesetz damit in einem kurzen Ausdruck sagen, daß der Erlaß sich nicht nur auf die Schuld des Erlaßgegners, sondern auch auf die der anderen Gesamtschuldner erstreckt.[10])

Für ganz unanwendbar hat man den § 424 gehalten.[11])

---

[8]) Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 291 ff.; Komm. § 255 Bem. 7; Rehbein § 420 Bem. 11.

[9]) Reichel S. 52 ff.

[10]) Reichel S. 51.

[11]) Donnevert S. 37, 38.

Daß die dort bestimmte, sich auf alle Gesamtschuldner erstreckende Wirkung des Verzugs des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch hier gilt, ergibt sich aus einer Beweisführung aus dem Stärkeren. Tritt schon durch das Angebot der Leistung durch einen beliebigen überhaupt nicht an der Schuld beteiligten Dritten Annahmeverzug des Gläubigers ein (§ 267), so um so mehr in unserem Fall, wo der Anbietende tatsächlich Schuldner des Gläubigers ist.[12]) Nicht richtig ist es deshalb, wie Donnevert meint,[13]) die Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs lediglich der eadem causa des Gesamtschuldverhältnisses zuzuschreiben. Die Folgen sind durchaus nicht unerträglich. Bietet der Vertragsschuldner dem Gläubiger eine Gattungssache an und geht diese während des Annahmeverzugs durch Zufall zugrunde, so wird der Deliktsschuldner dem Gläubiger gegenüber frei (§ 300 in Verb. mit § 424). Ich kann dieses Ergebnis nicht einmal mit Reichel[14]) für so sehr unbillig halten. Denn das von der Rechtsordnung geschaffene Institut der Gesamtschuldnerschaft hat doch nur den Zweck, dem Gläubiger für die Realisierung seiner Forderung möglichste Sicherheit zu gewähren, nicht aber ist die Folge beabsichtigt, daß nun der Gläubiger die Leistung der einzelnen Schuldner gering schätzt und, wenn sie zur Erfüllung bereit sind, diese durch Nachlässigkeit oder gar absichtlich vereitelt, indem er sich sagt: Mir kann doch nichts passieren; ich kann ja immer noch die anderen in Anspruch nehmen.

Ganz kurz können wir den § 425 erledigen. Denn er

---

[12]) Reichel S. 56.

[13]) S. 37.

[14]) Reichel S. 56.

läßt abweichenden Parteivereinbarungen ausdrücklich freies Spiel und paßt somit für alle nur möglichen Fälle.

Dasselbe sollte man auch von § 426 meinen, denn auch er tritt nur in Wirksamkeit, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Doch wird gerade seine Anwendung von vielen bezweifelt. Man fragt,[15]) wo ist denn etwas anderes bestimmt? Für den mehrfach erwähnten Versicherungsfall im § 67 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, für andere Fälle wird der § 67 RVersVG. durch § 255 BGB. ersetzt.

Wenn ich meine Reisetasche auf dem Bahnhof in Verwahrung gebe und ein Dieb entwendet sie dem Verwahrer, so haften der Dieb und der Verwahrer als Gesamtschuldner. Zahlt der Verwahrer, so muß ich ihm meinen Anspruch gegen den Dieb abtreten, nicht aber umgekehrt an den leistenden Dieb die Ersatzforderung gegen den Verwahrer; denn es steht mir diese nicht auf Grund des Eigentums an der Sache gegen ihn zu (§ 255).

Doch auch § 255 versagt in einigen Fällen, nämlich dann, wenn der Ersatzanspruch mir nicht „auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes“ gegen Dritte zusteht. Einen solchen Fall erwähnt Last[16]): Ein gegen Haftpflicht versicherter Rechtsanwalt hat eine Rechtsmittelfrist versäumt, weil sein Bureauvorsteher doloserweise die Eintragung der Frist unterlassen hat. Der geschädigte Klient klagt mit Erfolg gegen den Rechtsanwalt auf Schadensersatz, dieser nimmt die Versicherung in Anspruch, er kann jedoch nicht auf Grund des § 255 gezwungen werden, ihr seinen Anspruch gegen den Bureauvorsteher abzutreten.

---

[15]) vgl. Last S. 50ff.

[16]) Last S. 57 Anm. 1, entlehnt von Rauchenberger.

Es ist dies zwar wieder ein Versicherungsfall, wir wollen jedoch annehmen, er habe sich vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag abgespielt.

Der § 255 versagt also. Wir werden statt seiner einen Weg finden, der in allen derartigen Fällen zur Lösung führt. Wir haben oben gesehen, daß bei Vorliegen von Verschulden auf mehreren Seiten eine billige Ausgleichung in entsprechender Anwendung von § 254 möglich ist. Wird also, wenn beide Gesamtschuldner Verschulden trifft, die Last zu ungunsten des in größerem Maße Schuldhaften verschoben, um wie vielmehr dann, wenn auf einer Seite überhaupt kein Verschulden vorliegt! Folglich muß der Versicherungsgesellschaft gegen ihren Gesamtschuldner, den schuldhaften Bureauvorsteher voller Regreß gewährt werden. — Ebenso ist in dem Fall zu entscheiden, in dem ein Verletzter sowohl einen Unterhaltungsanspruch gegen seinen Verwandten aus §§ 1601 ff. wie gegen den schuldhaften Verletzer aus § 843 hat.

Bis jetzt haben wir uns fast ausschließlich mit aus Delikt und Versicherungsvertrag kombinierten Gesamtschuldverhältnissen beschäftigt, es kommen jedoch im Leben noch viel mannigfachere Fälle vor. Erinnert sei nur an die aus Streiks hervorgehenden Ansprüche unter den Streikgenossen. Diese sieht man wohl richtigerweise als Gesamtschuldner an,[17]) denn schließlich ist das Verhalten jedes einzelnen kausal für den eingetretenen Schaden.

Weiterhin gehören die mehreren Versicherer bei der Doppelversicherung hierher, die im § 59 RVersVG. ausdrück-

---

[17]) So Reichel S. 275, 276; RGE. Bd. 47 S. 248; Warneyer 1909 Bd. 2 Nr. 197 S. 187; dagegen Lotmar, Der Arbeitsvertrag Bd. 2 S. 145; Oertmann § 628 Bem. 2b.

lich als Gesamtschuldner bezeichnet sind, ebenso wie § 840 BGB. ein Beweis dafür, daß ein inneres Band unter Gesamtschuldnern nicht erforderlich ist. So finden wir in einer späteren Rechtsnorm unzweideutig festgelegt, was die Wissenschaft schon vorher als richtig befunden hat und was auch unser Ergebnis bestätigt, nämlich daß unser Gesetz nicht verschiedene Arten von Gesamtschuldverhältnissen kennt, und daß in unserem wirtschaftlichen Leben sich kein Bedürfnis dafür äußert.

In dem nun folgenden Teil unserer Untersuchung wollen wir eine Anzahl besonders praktischer aus Verträgen entstehender Gesamtschuldverhältnisse betrachten, nämlich die Fälle korrealer Verpfändungen und Bürgschaften.

Zweiter Teil.

Die dinglichen Gesamtschuldverhältnisse.

1. Gesamthaftungen von Grundstücken.

§ 7.

a) Stand der Ansichten über den Rückgriff.

Schon oben[1]) haben wir angedeutet, inwieweit wir berechtigt sind, von „dinglichen Gesamtschuldverhältnissen" zu reden. Im folgenden wird uns dies noch verständlicher werden. An dieser Stelle wollen wir uns zunächst über den Gegenstand unserer Untersuchung und über die verschiedenen darüber geäußerten Ansichten Klarheit verschaffen.

Das Gesetz gibt im § 1132 eine Definition der Gesamthypothek. Diese liegt dann vor, wenn für eine Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken derart besteht, daß jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet, wobei der Gläubiger nach seinem Belieben die Befriedigung aus jedem Grundstück ganz oder zum Teil suchen kann. Ebenso wie die Hypothek können auch die anderen Grundstücksbelastungen als Gesamthaftungen vorkommen, also als Gesamtreallasten, Gesamtgrundschulden und Gesamtrentenschulden.

Das Entstehen einer Gesamtreallast ist erwähnt im § 1108 Abs. 2. Die Eigentümer haften hiernach als Gesamtschuldner und auf ihre Rechtsverhältnisse finden die §§ 421 ff.,

[1]) s. oben S. 1 u. 2.

insbesondere für ihr Innenverhältnis der § 426 Anwendung. Wird die persönliche Haftung der Eigentümer ausgeschlossen, so bleibt nur die dingliche Haftung der Grundstücke bestehen. Auf diese sind dann die Vorschriften des § 1132 und die damit im Zusammenhang stehenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden.[2])

Von Gesamtgrundschuld und Gesamtrentenschuld wird im Gesetz gar nicht gesprochen. Nichtsdestoweniger ist an ihrem Vorkommen nicht zu zweifeln, und ihre Behandlung erfolgt gemäß den für die Hypothek gegebenen Vorschriften (§§ 1192, 1200). Mit diesen werden wir uns im folgenden eingehend beschäftigen, und die hier gewonnenen Ergebnisse gelten dann im allgemeinen auch für die anderen Gesamthaftungen.

Vor allem interessiert uns das Innenverhältnis der verschiedenen Eigentümer. Es hat für die Gesamthypothek in den §§ 1173 u. 1182 seine Regelung gefunden, auch §§ 1172, 1174 u. 1176 kommen noch in Betracht.

Der § 1173 Abs. 1 Satz 1 bestimmt: „Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt". Der Befriedigung gleichgestellt wird im Satz 2 der Fall, daß das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder daß sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen. Das Erlöschen der Hypotheken an den übrigen Grundstücken tritt jedoch in gewissen Fällen nicht ein, nämlich dann nicht, wenn der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer

---

[2]) Staudinger § 1108 Bem. 2a.

eines der anderen Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann. Ist dies der Fall, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über, und zwar derart, daß sie mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek bleibt (§ 1173 Abs. 2). Entsprechendes bestimmt § 1182 für den Fall, daß der Gläubiger sich zwangsweise aus einem der Grundstücke befriedigt.

Auf dem Hausgrundstück des A und dem Bauplatz des B lastet für eine Forderung von 1000 des Gläubigers G gegen A eine Gesamthypothek. B befriedigt den G. Er erwirbt infolgedessen an seinem Bauplatz die Hypothek von 1000. Wie es mit der Hypothek an dem Hausgrundstück des A wird, hängt von dem zwischen A und B bestehenden Innenverhältnis ab. Belastete B seinen Bauplatz, weil A ihn dazu beauftragte, so wird B von ihm die 1000 als Aufwendungen aus dem Auftrag ersetzt verlangen können und somit außer der ihm an seinem Grundstück zustehenden Hypothek noch die Hypothek am Grundstück des A ebenfalls in Höhe von 1000 erwerben, jedoch so, daß diese mit der ersten Gesamthypothek bleibt.

Trat B dem A als Gesamtschuldner bei, so ist er selbst Schuldner geworden und kann von A, wenn unter ihnen nichts anderes ausgemacht war, nur die Hälfte, also 500 verlangen (§ 426). Er erhält in dieser Höhe eine Gesamthypothek an beiden Grundstücken. Außerdem fällt ihm für den überschießenden Betrag, ebenfalls 500, an seinem Grundstück eine Einzelhypothek als Eigentümerhypothek zu, und in derselben Höhe erlischt die Hypothek am Hausgrundstück des A. Belastete B schenkungshalber sein Grundstück neben dem des A, so kann er von ihm gar keinen Ersatz verlangen. Er erwirbt nur eine Einzelhypothek an seinem Bauplatz als

Eigentümerhypothek, während die Hypothek an dem Hausgrundstück erlischt.

Derartige Fälle bringen keine Schwierigkeiten. Zweifel entstehen erst, wenn zwischen A und B kein Innenverhältnis besteht. Beispielsweise haften für eine Schuld des Gläubigers G gegen einen Dritten X die Grundstücke des A und des B zur Gesamthaft. B verkauft sein Grundstück an C. C befriedigt den G. Zwischen ihm und A besteht kein Vertragsverhältnis. Hat er trotzdem gegen A einen Ersatzanspruch?

Die Frage wird verschieden beantwortet. Die herrschende Ansicht[3]) ist heute, daß ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 nur dann gegeben ist, wenn er durch Rechtsgeschäft vereinbart oder durch besondere Gesetzesbestimmung angeordnet ist.

Hiernach hat C gegen A keinen Rückgriff und erwirbt folglich auch die Hypothek an dessen Grundstück nicht. Bei Zahlungsunfähigkeit des X, gegen den die alte Forderung des Gläubigers gerichtet war, und die jetzt auf C übergegangen ist (§ 1143), kann er sich nur an seinen Verkäufer B halten. Er konnte sich auch trotz der Mitbelastung des anderen Grundstücks den vollen Betrag der Hypothek bei Zahlung des Preises zurückbehalten, denn die Gesamtbelastung war ihm ja aus dem Grundbuch ersichtlich (§ 49 GBO.). Aber diese Möglichkeiten nützen ihm beide nichts, wenn B sich auf Zurückbehaltung des Kaufpreises nicht einließ oder ebenfalls zahlungsunfähig ist. Das einzige, was ihn vor den Unbeständigkeiten persönlicher Ansprüche schützt, ist eine ding-

[3]) Biermann § 1173 Bem. 2a; Staudinger § 1173 Bem. IIa; Wolff, Sachenrecht § 148 VI; Lang im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 316ff.; Hachenburg, Vorträge S. 626; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht § 1173 Bem. 7; Rspr. Bd. 9 S. 317.

liche Sicherung am Grundstück des A. Diese herbeizuführen hat man in verschiedener Weise erstrebt.

Schon im gemeinen Recht suchte man dadurch Abhilfe zu schaffen, daß man die Gesamthypothek als „Correalitas realis“ auffaßte.[4]) Man personifizierte die Grundstücke und wandte die Regeln der Gesamtschuld auf sie an. Doch wurde schon damals diese unhaltbare Lehre mit Recht bekämpft.[5]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie ganz verworfen.[6]) Denn man kann nicht so ohne weiteres eine Sache zur Person stempeln, auch können die Regreßpflichten der personifizierten Grundstücke leicht mit denen ihrer Eigentümer in Widerspruch geraten, und außerdem war eine den Interessen aller Beteiligten gerecht werdende Durchführung der Ausgleichung trotz einiger Versuche nicht zu finden.[7])

Auf diese Weise läßt sich also ein Rückgriff nicht begründen. Deshalb sucht man sich heute auf anderem Wege zu helfen, nämlich durch Annahme einer allgemeinen Ausgleichungspflicht. Breit und Schulz lesen aus unserem Gesetz für mehrere Sicherungspflichtige ein allgemeines Ausgleichungsprinzip heraus.[8]) Doch ist dieses meiner Meinung nach nicht überzeugend; denn daraus, daß ausnahmsweise, so bei Mitbürgen und Mitverpfändern (§ 774 Abs. 2 in Verb. mit

---

[4]) Kgl. OTr.-Entsch. Bd. 18 S. 479.

[5]) Kurlbaum bei Gruchot Bd. 12 S. 511; Guyet im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 18 S. 383 Anm. 21; Exner, Österr. Hypothekenrecht Bd. 2 § 40 S. 295, 314 Anm. 27.

[6]) Lang im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 254, 316, 318 Mot. Bd. 3 S. 686.

[7]) z. B. Versuch für den Fall des Konkurses; preuß. KO. § 56 vom Jahre 1855 und Abänderungsgesetz der KO. von 1895; Crome Bd. 3 § 481 Anm. 33, 34; Dernburg Bd. 3 § 231 Anm. 13.

[8]) Breit in Gruchot Bd. 48 S. 293; Schulz, Rückgriff S. 71.

§§ 769, 1225 Satz 2), die Ausgleichung vorgeschrieben wird, kann man doch nicht gleich einen allgemeinen Grundsatz bilden, eine Deduktion, die Breit selbst als „etwas kühn“ bezeichnet.

Diese Versuche sind also als mißlungen anzusehen. Trotzdem sind sie nicht unberechtigt; denn sie suchen die unbilligen und harten Folgeerscheinungen der Gesamthypothek zu mildern, denen die Eigentümer der belasteten Grundstücke und die Nachhypothekare des Gesamthypothekars ausgesetzt sind.

Nehmen wir an, der Eigentümer A belastet seine drei Grundstücke Nr. 1, 2 und 3 mit einer Gesamthypothek für eine Forderung von 10 000. Jedes der drei Grundstücke ist 10 000 wert, alle drei zusammen also 30 000. Nun wird A durch die Verhältnisse gezwungen, ein Darlehn in Höhe von 2000 aufzunehmen. Man will es ihm nur gegen hypothekarische Sicherheit geben. Er wird es schwer erhalten; denn welches der drei Grundstücke er auch für das Darlehn haften läßt, immer muß der Nachhypothekar gewärtig sein, daß der Gesamthypothekar sich gerade dieses Grundstück zur Befriedigung aussucht, und er infolgedessen ausfällt. Der einzige Weg für A, Kredit zu erlangen, ist entweder der, sich ihn vom Gesamthypothekar geben zu lassen.[9]) Dieser wird aber, die Notlage des Eigentümers erkennend, unbillige Bedingungen stellen, oder der Eigentümer bestellt einem anderen Darlehnsgeber ebenfalls eine Gesamthypothek an denselben Grundstücken.[10]) Doch ist letzteres in vielen Fällen nicht möglich, nämlich dann nicht, wenn die Grundstücke sich nicht alle in einer Hand befinden. Hier hängt das Zustandekommen einer Gesamthypothek ganz von dem guten Willen der Eigentümer ab.

[9]) Dernburg, Preuß. Hypothekenrecht Bd. 2 S. 180; Marcusen in Zeitschr. für vergl. Rechtsw. Bd. 12 S. 251.

[10]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 132.

Die wirtschaftlichen Übelstände sind also nicht gering. Für den Eigentümer bedeutet die Gesamthypothek eine große Kreditverschwendung.[11]) Obwohl in unserem Beispiel von dem Gesamtwert 30000 der Grundstücke der Wert von 20000 noch unbelastet ist, kann A ihn doch nicht für Kreditzwecke verwerten.

Ebenso ist die Lage der Nachhypothekare recht mißlich, denn sie drohen entweder ganz auszufallen, oder sie sind darauf angewiesen, den Gläubiger durch Versprechen von Vorteilen vom Zugriff auf das ihnen verhaftete Grundstück abzuhalten.

Der Grund aller dieser unliebigen Erscheinungen liegt in dem freien Wahlrecht des Gläubigers.

Es hat nur wenige Rechte gegeben, die dasselbe einschränkten, beispielsweise das bayerische, russische und schweizerische Recht.[12]) Denn der Hauptzweck der Gesamthypothek ist gerade der, dem Gesamthypothekengläubiger die größte Sicherheit zu gewähren und andererseits auch kleinere Grundstücke kreditfähig zu machen.[13]) Von derartigen Erwägungen hat man sich auch bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches leiten lassen[14]) und im § 1132 nach Muster des römischgemeinen und preußischen Rechts[15]) dem Gläubiger das freie Wahlrecht gegeben, das sich sogar bis in die Vollstreckungsinstanz hinein erstreckt (§ 122 ZVG.).

---

[11]) Lang a. a. O. S. 258.

[12]) Marcusen S. 261 ff.

[13]) Marcusen S. 249; Exner § 40 S. 298.

[14]) Mot. Bd. 3 S. 686.

[15]) l. 8 D. 20. 5: Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire. ALR. I. 20 §§ 467, 468; preuß. Gesetz über den Eigentumserwerb § 42.

Eine Milderung der mit diesem Rechtszustand verbundenen Schäden können wir nur durch zweckmäßige Gestaltung des Rückgriffsrechts unter den verschiedenen Eigentümern erzielen. Für alle Fälle werden wir allerdings die Mißstände nicht beseitigen können, wohl aber für die, in denen ein ersatzberechtigter Eigentümer den Gesamthypothekar freiwillig befriedigt. Denn durch den vom Gesetz im § 1172 Abs. 2 geregelten Ersatzanspruch wird auch die Lage der Nachhypothekare gebessert[16]) und somit die Kreditfähigkeit der Grundstücke gehoben.

Haften für eine Forderung des Gläubigers von 10 000 gegen X die Grundstücke des A und B, so erwirbt, wenn A den Gläubiger befriedigt, A die Hypothek an seinem Grundstück in Höhe von 10 000 als Eigentümerhypothek. Ist dieses Grundstück selbst nur 10 000 wert, so wird ein etwa vorhandener Nachhypothekar, der die Zwangsvollstreckung betreibt, ausfallen und A allein den Erlös erhalten. Hat jedoch A gegen B einen Ersatzanspruch, so erwirbt er in gleicher Höhe auch an dessen Grundstück eine Hypothek, die mit der an seinem eigenen eine Gesamthypothek bildet. Wenn jetzt A von B, sei es freiwillig, sei es im Zwangswege, Befriedigung erhält, so erlischt die Eigentümerhypothek an seinem Grundstück, soweit sie Gesamthypothek war (§§ 1173 Abs. 1, 1181 Abs. 2). Insoweit rückt also der Nachhypothekar auf. Wußte er, daß A einen bestimmten Ersatzanspruch gegen B hat, so konnte er sich im voraus sein Aufrücken berechnen, indem er sich bei der Belastung den A zur freiwilligen Befriedigung des Gläubigers verpflichtete, und konnte ihm insoweit ohne Risiko Kredit gewähren. D. h. also, je mehr die verschiedenen

---

[16]) Lang S. 324 ff.

Eigentümer verpflichtet sind, sich untereinander Ausgleich zu gewähren, um so weniger macht sich die durch die Gesamtbelastung hervorgerufene Kreditverschwendung fühlbar.

Deshalb sind die Versuche, die Ausgleichungspflicht nicht von speziellen Gesetzesbestimmungen oder Parteivereinbarungen abhängig zu machen, sondern eine immer vorhandene Ausgleichungspflicht aus unserem Gesetz herauszulesen, sehr berechtigt.[17])

Da jedoch die erwähnten Konstruktionen der correalitas realis und des allgemeinen Ausgleichungsprinzips leider als mißlungen gelten müssen, wollen wir im folgenden die Ausgleichung auf anderem Wege zu begründen versuchen.

Meiner Meinung nach sind die Eigentümer mehrerer korreal belasteter Grundstücke zu einer Leistung verpflichtet, also „Schuldner". Folglich können die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf sie angewandt werden, und sie sind dann gemäß § 426 ausgleichungspflichtig.[18]) Für das Zusammentreffen von Bürge, Drittverpfänder und Eigentümer des für fremde Schuld haftenden Grundstücks sprechen diesen Gedanken schon Bendix und Cohn aus.[19]) Konsequenterweise ist der § 426 auch bei dem bloßen Zusammentreffen mehrerer Grundstückseigentümer für anwendbar zu erklären.

Dieses tut Cohn, indem er sagt[20]): „Haftet die Schuld

---

[17]) Gegen diese Möglichkeit ausdrücklich Crome Bd. 3 § 481 Anm. 35.

[18]) Gegen die Ausgleichung überhaupt alle Lehrbücher und Kommentare; gegen die Ausgleichung nach § 426: Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 § 1173 Bem. I, 1c; Sternberg, Gruchot Bd. 52 S. 558; vgl. auch Schulz S. 67 vor Anm. 1.

[19]) Bendix im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 91; Cohn in JurW. 1906 S. 410.

[20]) S. 413.

auf dem Grundstück des Drittverpfänders A und auf dem Grundstück des Drittverpfänders B zur Gesamthaft und befriedigt A den Gläubiger C, so erwirbt er, wenn er von B Ersatz erlangen kann — und dies wird, wenn beide für fremde Schuld ihre Grundstücke als Pfand gesetzt, als Regel gelten —, die Gesamthypothek an beiden Grundstücken nach Abs. 2 des § 1173. Der Eigentümer B schuldet ihm aber den Ersatz nach § 426 BGB. nur zur Hälfte; er erwirbt also auch die Hypothek auf dem Grundstück des B nur in Höhe des Ersatz- oder Ausgleichungsanspruchs". Die hiermit ausgesprochene Anwendbarkeit des § 426 auf die mehreren Eigentümer korreal verpfändeter Grundstücke scheint auch mir das Richtige zu sein.

Eine Beweisführung haben wir nur noch für die Behauptung nötig, daß die Eigentümer der belasteten Grundstücke Schuldner sind. Die zweite Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 426, daß mehrere Schuldner für dieselbe Leistung, die im ganzen nur einmal gemacht zu werden braucht, immer Gesamtschuldner sind, haben wir im ersten Teil unserer Abhandlung bewiesen, denn der Umstand, daß sich die Schuldner nur mit bestimmten Vermögensstücken für die Schuld verpflichtet haben, schließt das Bestehen einer Gesamtschuld nicht aus.[21])

b) Anwendung des § 426 für den Rückgriff.

§ 8.

α) Schuld und Haftung.

Daß der Eigentümer eines verhafteten Grundstücks Schuldner ist, ist schon oftmals richtig erkannt worden. Doch

[21]) JurW. 1906 S. 298 Nr. 2; Cohn S. 412.

findet sich auch die entgegengesetzte Meinung recht häufig, nach der der Eigentümer nicht leisten, sondern nur die Zwangsvollstreckung dulden muß.[1]) Deshalb ist es nötig, daß wir unsere Ansicht eingehend begründen. Wir werden dabei von der Grundschuld als der einfachsten Erscheinung ausgehen und späterhin prüfen, inwieweit sich die hier gewonnenen Ergebnisse für die anderen Grundbelastungen verwerten lassen.

Durch ihre Belastungsnatur sowie durch ihre Stellung im Sachenrecht erscheinen diese Rechte als dingliche. Trotzdem behaupten wir, daß sie auch ein schuldrechtliches Element enthalten.

Die dinglichen Rechte sind absolute, d. h. sie wirken gegen jedermann, nach allen Seiten, die obligatorischen relative, sie äußern sich nur nach einer bestimmten Richtung. Trotzdem weisen beide gewisse Ähnlichkeiten auf.[2]) Wenn beispielsweise die Person, gegen die das dingliche Recht geht, endgültig bestimmt ist, der dingliche Anspruch sich also nach

---

[1]) Zu dieser Frage Dernburg Bd. 3 § 209; Crome Bd. 3 § 460, 3b; Cosack Bd. 2 § 221 II; Wolff § 131; Planck Bd. 3 Abschn. VIII; Fuchs Bd. 1 S. 373 ff.; Gierke, D. PrivR. § 158; Stobbe-Lehmann §§ 147, 155; Beseler § 97; Förster-Eccius Bd. 3 § 191; v. Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht § 5 III; v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts S. 132 ff.; Puntschart, Grundschuldbegriff S. 110 ff.; Jäckel bei Gruchot Bd. 18 S. 551 ff.; Stobbe in Krit. VSchr. Bd. 9 S. 285; ebenda Bähr Bd. 30 S. 518 ff.; 481 ff.; derselbe in Jherings Jahrb. Bd. 11 S. 1 ff., Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 97 ff.; Siber in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 132 ff.; Dümchen in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 355 ff.; Staub im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 5 S. 12 ff.; Cohn in JurW. S. 412.

[2]) vgl. Schulz im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 239b; Brinz im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 70 S. 373.

einer ganz bestimmten Richtung hin ausgelöst hat, läßt sich ein äußerer Unterschied zwischen ihm und einem obligatorischen Anspruch kaum noch erkennen.

Wenn ich von dem A ein Buch herausverlange, so ist das, was ich von ihm fordere, nämlich Auslieferung des Buches an mich, in beiden Fällen dasselbe, ob ich nun meinen Anspruch auf einen Kaufvertrag stütze oder auf mein Eigentum, wenn A mir das Buch entwendet hatte.

Solche Fälle sind Grenzfälle, bei denen es nicht äußerlich erkennbar ist, ob ich aus einer unmittelbaren Beziehung zur Sache diese herausverlange oder deshalb, weil ihr Besitzer sich mir dazu verpflichtet hat.[3]) Ein Grenzfall ähnlicher Art ist die Grundschuld. Nehmen wir als Beispiel eine verzinsliche Grundschuld. Ich habe ein dingliches Recht an einem Grundstück, vermöge dessen ich von seinem Eigentümer vierteljährlich eine bestimmte Summe Geldes zu erhalten habe. Man sieht es diesem Anspruch zunächst auch nicht an, ob er dinglicher oder obligatorischer Natur ist.

Man hat bisweilen daran gedacht, die Rechte aus derartigen Belastungen unter das Obligationenrecht zu bringen.[4]) Auch heute kann man sich der tatsächlichen Gestaltung im Bürgerlichen Gesetzbuch gegenüber der Einsicht nicht verschließen, daß dem Berechtigten doch wohl Leistungen gewisser Art geschuldet werden. Es fragt sich nur, wer hier der Schuldner ist und wie sich das Vorhandensein einer Schuld mit der dinglichen Gestaltung der Grundbelastungen

---

[3]) vgl. Rümelin im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 68 S. 151 ff., 198, 199.

[4]) v. Meibom im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 338; vgl. andrerseits Bähr im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 97 ff., 151.

vereinigen läßt. Es sind die verschiedensten Erklärungen versucht worden.[5])

Ganz unbefriedigend ist begreiflicherweise die Annahme, daß das Grundstück selbst der Schuldner ist. Die Personifikation einer Sache kann nur über die Schwierigkeiten hinwegtäuschen, nicht aber zur Lösung dienen.

Um diese zu finden, hat man entsprechend ihrer großen Bedeutung für unser Recht römische Rechtsauffassungen zur Erklärung herangezogen: die Noxalklagen und das Recht der noaxae deditio. Hier haftet der Eigentümer des Sklaven, der den Schaden verursacht hat, nur mit diesen, und der zum Ersatz Verpflichtete wird überhaupt erst durch das Eigentum am Sklaven bestimmt.[6])

Ein anderes zu verwertendes Rechtsgebilde des römischen Rechts ist die Naturalobligation.[7]) Wenn der Eigentümer des verhafteten Grundstücks die Geldsumme zahlt, so kann er sie nicht mehr zurückfordern. Das Geleistete war also nicht etwa Nichtschuld. Er hat aber auch keineswegs in Erfüllung einer Schenkung geleistet, noch läßt sich die Zahlung als datio sub modo auffassen, als eine Gabe mit der Auflage, daß die Zwangsvollstreckung nicht vorgenommen werde.[8]) Folglich kann seine Zahlung nur die Erfüllung einer Schuld sein, einer Schuld allerdings, die der Gläubiger nicht einklagen kann, also einer naturalis obligatio. Doch unterscheidet sich diese in gewisser Beziehung von anderen natürlichen Verbindlichkeiten. Wenn auf ihre Erfüllung auch nicht durch

---

[5]) vgl. die in Anm. 1 Zitierten und die Besprechung der Literatur bei Puntschart, Grundschuldbegriff S. 35 ff., 58 ff.

[6]) § 5 J. 4, 8.

[7]) Stobbe-Lehmann § 147.

[8]) v. Schwerin S. 131.

den Gläubiger geklagt werden kann, so ist sie doch durch ein dingliches Recht des Gläubigers am Grundstück sichergestellt.

Diese Erklärung wird den tatsächlichen Verhältnissen einigermaßen gerecht, soweit es eben auf Grundlage des römischen Rechts allein geht. Sie ist jedenfalls richtiger als die Annahme einer facultas alternativa: entweder erlangt der Gläubiger die Leistung, oder er befriedigt sich durch Zwangsvollstreckung. Denn es handelt sich hier nicht um zwei gleichwertige Interessen des Gläubigers. Vielmehr liegt der wirtschaftliche Schwerpunkt in der Rückzahlung des Kapitals, und die Vollstreckung in das Grundstück kommt erst in zweiter Linie in Betracht.[9])

Wenn wir so ein leidlich klares Bild von der uns beschäftigenden Frage gewonnen haben, werden wir sie doch in ihren inneren Zusammenhängen nicht durchschauen können, solange wir uns allein mit den Begriffen des römischen Rechts zu helfen suchen. Wir müssen vielmehr auf deutschrechtliche Rechtsgebilde zurückgehen, die gerade in diesem Fall eine überragende Rolle spielen.

Schon der Ausdruck „Realobligation“ oder „Realschuld“, den Wissenschaft und Gesetzgebung[10]) für die in ihrem Umfang auf die Kräfte des Grundstücks beschränkte Schuld des Eigentümers verwenden, kann vom Standpunkt des römischen Rechts aus kaum richtig verstanden werden. Er spricht von einer persönlichen Schuldverbindlichkeit und doch wieder von einer res, einer Sache, durch die die Schuld erfüllt werden

[9]) Stobbe-Lehmann § 147.

[10]) z. B. ritterschaftl. HypOrdn. des mecklenburgischen Rechts: Realschulden; vgl. v. Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht S. 39 Anm. 13; Prot. der 2. Kommission Bd. 3 S. 539.

soll. Dieser Widerspruch schwindet, wenn wir erkennen, daß die Obligation keine untrennbare Einheit bildet, sondern daß sie aus verschiedenen Elementen: der Schuld und der Haftung, zusammengesetzt ist.[11])

Im römischen Obligationsbegriff sind diese Bestandteile ganz miteinander verschmolzen. Zwar werden sie auch hier von einigen Schriftstellern erkannt,[12]) doch geht es entschieden zu weit, zu sagen, der Gegensatz von Schuld und Haftung beherrsche geradezu das römische Recht und habe in keinen anderen eine feinere Ausbildung erfahren.[13])

Viel eher läßt sich dies von den germanischen Rechten sagen, für die besonders v. Amira und Puntschart Erhebliches zur Klärung beigetragen haben.[14])

Hier bestand eine derartig scharfe Trennung der Begriffe Schuld und Haftung, daß zur Begründung einer jeden von beiden ein besonderes Rechtsgeschäft erforderlich war.[15]) Eine Schuld wird begründet durch einen Schuldvertrag, der den Schuldner zu der von ihm versprochenen Leistung verpflichtet, dem Gläubiger aber keinerlei Sicherheit für die Erfüllung gibt. Diese konnte er erst durch Begründung eines Haftungsverhältnisses erlangen, was vermittels eines besonderen Treugelöbnisses geschah. Es war dies ein rechts-

---

[11]) Puntschart, Grundschuldbegriffe S. 85 ff.; v. Schwind S. 131.

[12]) Brinz im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 70 S. 371 ff.; Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 51 ff.; vgl. auch Schulz im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 240.

[13]) So Bekker a. a. O. S. 54.

[14]) v. Amira, Nordgerm. OblR.; Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis nach sächsischem Recht.

[15]) Puntschart, Schuldvertrag S. 99 ff., 334 ff.; Gierke, Schuld und Haftung S. 119, 132 ff.

förmlicher Akt, ein „Gelöbnis“, „Geloben auf Treue“,[16]) lateinisch „fidem facere“.[17]) Der Schuldner trat hierdurch entweder selbst in die Haftung ein oder für ihn eine andere Person oder eine Sache.

Schulden ist ein Zustand des Sollens, und zwar ist es in ältester Zeit ein Zustand des „Büßensollens“.[17]) Derjenige, der durch eine unrechtmäßige Handlung die Rechtsordnung verletzt hat, „soll“ diese Verletzung „bessern“, d. i. „büßen“. Bald taucht neben der Bußschuld eine Vertragsschuld auf. Wer etwas verspricht, der soll es leisten: sal't gelden.[18]) Schuldensollen ist also ein Leistensollen. Demgegenüber steht auf der anderen Seite ein Bekommensollen.[19]) Der Gläubiger soll das bekommen, was der Schuldner leisten soll. Dieses Bekommensollen ist sogar das wichtigere, denn das Leistensollen ist nur des Bekommensollens wegen da. Oftmals genügt aber das Leistensollen nicht, um dem Gläubiger das zu verschaffen, was er bekommen soll, nämlich dann nicht, wenn der Schuldner nicht leistet, was er soll. Das Schuldverhältnis gibt dem Gläubiger keine Macht, die Leistung zu erzwingen. Eine solche gewährt vielmehr erst das Haftungsverhältnis. Durch dieses wird dem Gläubiger ein Gegenstand rechtlich verbunden, der für die Erfüllung der Leistung derart einsteht, daß sich der Gläubiger aus ihm befriedigen kann. Als Haftungsobjekte dienen einzelne Sachen, eine Person oder ein Vermögen.

---

[16]) Sachsensp. I, 7: Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden.

[17]) Lex Salica Titel 50: De fides factas.

[18]) v. Amira S. 33; Puntschart, Schuldvertrag S. 102; Gierke, Schuld und Haftung S. 7 Anm. 3.

[19]) v. Amira § 8; Gierke S. 8; v. Schwerin S. 7.

Die älteste Haftungsart war die Sachhaftung,[20]) später entwickelte sich daneben die Personenhaftung, die zuerst auch als Sachhaftung, als Vergeißelung des Körpers auftrat. Die ursprünglich unbeschränkte Zugriffsmacht des Gläubigers gegen die Person milderte sich dann allmählich, so daß schließlich nur die Befugnis übrigblieb, der verhafteten Person einzelne Vermögensstücke wegzunehmen. Hieraus erwächst dann die Vermögenshaftung.

Was das Verhältnis von Schuld und Haftung zueinander betrifft, so mußte das Haftungsverhältnis, wie erwähnt, durch ein formelles Treugelöbnis begründet werden. Im Laufe der Zeit bestrebte man sich, den Formalismus mit „Hand und Mund", „Finger und Zunge"[21]) zu beseitigen und sich an formlosen Willenserklärungen genügen zu lassen. Heute begründet ein Schuldversprechen sogar gleichzeitig ein Leistensollen des Schuldners wie sein persönliches Haften. Es kommen im jetzigen Recht nur ganz vereinzelte Fälle einer Schuld ohne Haftung vor, z. B. die natürlichen Verbindlichkeiten. Im alten Recht dagegen waren Schulden ohne Haftung häufig, sie lagen eben immer dann vor, wenn neben dem Schuldvertrag ein Treugelöbnis nicht abgeschlossen war.

Desgleichen gab es Schuld ohne eigene Haftung und Haftung nicht für eigene, sondern fremde Schuld. Nicht möglich jedoch war eine Haftung ohne Schuld, denn die Haftung setzt immer ein Leistensollen voraus, für das gehaftet wird. Dabei ist allerdings nicht erforderlich, daß Haftung und Schuld stets gleichzeitig bestehen, gehaftet werden kann auch für eine erst in der Zukunft entstehende Schuld. Kommt diese

---

[20]) Gierke §§ 4—6; Schwerin S. 9ff.

[21]) Puntschart S. 342ff., 357ff.

jedoch wider Erwarten nicht zustande, so fällt auch die Haftung in sich zusammen.[22])

Durch diesen Überblick ist uns vieles klarer geworden. Das Wort Realobligation macht uns keine Schwierigkeiten mehr. Es bedeutet einfach: ein Leistensollen, für das eine „res", eine Sache, „obligiert, d. h. verhaftet ist, also eine Schuld mit Sachhaftung. Deutsch ausgedrückt gäbe das Wort Sachschuld das tatsächliche Verhältnis am besten wieder, oder wenn ein Grundstück haftet: Grundschuld.

In der Tat sind bei der Grundschuld des modernen Rechts die Verhältnisse genau so, wie wir sie eben geschildert haben. Das Grundstück haftet. Eine Haftung hat nun immer eine Schuld zur Voraussetzung, also muß diese auch hier irgendwie vorhanden sein. In manchen Gesetzen ist es ausdrücklich ausgesprochen, daß für den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Schuldverbindlichkeit entsteht. So heißt es in dem Hamburger Gesetz über das Grundeigentum[23]): „Jeder in die Hypothekenbücher eingetragene Kapitalposten begründet auch die persönliche und verzinsliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigentümers gegen den Hypothekengläubiger". Ebenso gewährt die Mecklenburger Hypothekenordnung dem Hypothekengläubiger gegen den Grundstückseigentümer eine „Klage aus dem Hypothekenschein",[24]) die weder die actio hypothecaria des römischen Rechts ist, denn sie geht nicht auf Herausgabe des Grundstücks, noch etwa die Klage aus dem persönlichen Schuldverhältnis. In ähnlicher Weise

---

[22]) Gierke S. 99.

[23]) Hamburger Gesetz über das Grundeigentum v. 12. 7. 1880 § 33, zit. bei Stobbe-Lehmann Bd. 2 S. 220 Anm. 13.

[24]) v. Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht § 22 S. 165—180.

drücken noch andere bisherige Gesetze die Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung aus.[25])

Diese bezeichnet man mit Vorliebe als „dingliche Schuld".[26]) Gegen die Benennung selbst ist nichts einzuwenden, wohl aber dagegen, daß man die Schuld als eine dingliche Schuld „im Sinne des germanischen Rechtes" auffaßt.[27]) Denn dinglich und obligatorisch sind nicht historische, sondern systematische Begriffe.[28]) Die Dinglichkeit der Schuld ist darin zu sehen, daß der Schuldner durch das Eigentum an einem Grundstück bestimmt wird, und daß dieses dem Gläubiger dinglich verhaftet ist. Im Falle der Nichtzahlung kann er es vermöge seines dinglichen Rechts verwerten und sich so Befriedigung verschaffen. Dies kann er auch dann, wenn das Grundstück herrenlos ist.[29])

Wollen wir die durch die vorliegende Betrachtung gewonnenen Ergebnisse für unser heutiges Recht verwerten, so müssen wir uns fragen: Kennt auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Gegensatz von Schuld und Haftung?[30])

---

[25]) vgl. die bei Gierke (Deutsches PrivR. Bd. 2 § 158 Anm. 13) aufgezählten Gesetze: württemb. PfandG. Art. 117, sächs. Gesetz von 1843 § 80, bayr. HypG. § 54; lüb. Gesetz von 1879 § 1.

[26]) Gierke § 158 II.

[27]) v. Meibom a. a. O. § 5 S. 35 ff.

[28]) Sohm in Grünhuts Zeitschr. Bd. 5 S. 35.

[29]) Dies gegen Planck, Komm. Bd. 3 8. Abschn. Bem. 3.

[30]) Dafür außer den bereits zitierten Germanisten: Dümchen in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 355; Schulz im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 226; Isay in Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 187 ff.; dagegen: Enneccerus § 226 Anm. 1; Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 172; Reichel, Schuldmitübernahme S. 71; Siber in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 55 ff.; Siber, Rechtszwang S. 1 ff.; Predari in Zeitschr. f. HR. Bd. 51 S. 619.

Eine terminologische Unterscheidung macht unser Gesetz nicht, es bedient sich der Ausdrücke „Schuld“ und „Haftung“, ohne einen Unterschied zu machen. Dies schließt aber keineswegs aus, daß nicht doch ein sachlicher Unterschied vorhanden ist, und auf diesen kommt es allein an.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist beim Schuldverhältnis ebenso wie im alten deutschen Recht das Schwergewicht auf das Bekommensollen gelegt. Das beweist der § 267. Es ist ganz gleichgültig, wer leistet, die Hauptsache ist, daß der Gläubiger das erhält, was er bekommen soll. Bleibt die Erfüllung aus, so hat er einen Zugriff in das Vermögen des Schuldners. Indem er sich hieraus befriedigt, realisiert er eine Haftung. Denn die Haftung hat den Zweck, den Gläubiger schadlos zu halten und ihm die mangelnde Erfüllung zu ersetzen.[31])

Wenn man demgegenüber behauptet, daß durch die Vollstreckung kein Ersatz gegeben, sondern die Schuld erfüllt werde,[32]) so ist dies nicht richtig. Es ist zwar zuzugeben, daß in vielen Fällen der Gläubiger infolge der Vollstreckung dasselbe erhält, was er durch die Leistung des Schuldners erhalten sollte. Doch besteht zum mindesten ein Unterschied der Zeit, oft auch des Ortes und anderer Umstände. Der einmal eingetretene Rechtsbruch läßt sich nicht wieder ungeschehen machen, und wenn der Gläubiger nun das, was ihm zukommt, durch die Vollstreckung erhält, so ist dies eben Ersatz für die Leistung des Schuldners, nicht aber die Leistung selbst.[33]) Folglich ist es, da Ersatz Zweck der Haftung ist, Verwirklichung einer solchen.

---

[31]) v. Amira Bd. 1 S. 40.

[32]) Siber in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 88ff.

[33]) v. Schwerin S. 21ff.

Ganz deutlich tritt dies hervor in den Fällen, in denen das Gesetz den durch die Vollstreckung zu erlangenden Ersatz versagt: bei den natürlichen Verbindlichkeiten.

Wenn der Schuldner seinem Gläubiger 100 aus Spiel zahlt, so kann er sie nicht wieder kondizieren, denn er erfüllte keine Nichtschuld; er zahlte vielmehr, was er leisten, und der Gläubiger erhielt, was er bekommen sollte. Eine Schuld liegt also vor. Doch es fehlt die Haftung. Der Gläubiger kann die Erfüllung nicht erzwingen, er kann sie auch nicht durch Bestellen von Pfändern und Bürgen sichern.

Spricht schon dies alles dafür, daß in unserem Gesetz der Gegensatz von Schuld und Haftung fortbesteht, so noch vielmehr die Gestaltung der Sicherungen selbst. Das Gesetz kennt reine Sachhaftungen, z. B. Grundschuld und Rentenschuld, es kennt Sachhaftungen, neben denen eine persönliche Haftung herläuft: Hypothek und Pfandrecht. Weiterhin kennt es auch Personenhaftung: Jeder Schuldner haftet in der Regel auch für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Hierher gehört auch das Einstehen des Bürgen. Allerdings unterscheidet es sich in gewisser Beziehung von den anderen Haftungsfällen, da der Bürge seinerseits auch selbst Schuldner ist.[34])

Angesichts dieser mannigfachen Haftungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch als Sicherung für Forderungen gewährt, scheint es unbegreiflich, wie man den Unterschied zwischen Schuld und Haftung für unser heutiges Recht leugnen kann. Im Gegenteil, es wäre sonderbar, wenn er in unserem Gesetz fehlte, da er doch in den germanischen Rechten, aus

[34]) Isay in Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 193; Gierke, Schuld und Haftung S. 108 Anm. 29; Schulz im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 228; v. Schwerin S. 31.

denen sich unser heutiges Recht neben dem römischen Recht aufbaut, zu den grundlegendsten Erscheinungen gehörte. Deshalb ist der Vorwurf Kohlers[35]) ganz unberechtigt, daß wir Zustände einer früheren Epoche in unsere Zeit hineintragen, die nicht mehr für sie passen.

§ 9.

β) Die Grundstückshaftungen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Auf den Ergebnissen des vorigen Paragraphen aufbauend, werden wir jetzt leicht an Hand des Gesetzes eine Schuld des Grundstückseigentümers nachweisen können.

Ein mehrfach gebrauchtes, aber recht schwaches Argument bietet die Terminologie des Gesetzes. Es spricht von Grundschuld, Rentenschuld, also muß doch auch ein Schuldner da sein.[1]) Daß dies nicht sehr durchschlagend ist, ersieht man daraus, daß auch beim Pfand an beweglichen Sachen ein Pfandschuldner vorhanden ist, während doch hier eine Schuld des Verpfänders im allgemeinen nicht angenommen wird.

Mehr Beweiskraft hat die tatsächliche Gestaltung, die die Grundbelastungen im Gesetz gefunden haben. Sie erfolgen in der Art, daß „eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist“ oder „wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück“ zu entrichten sind (§§ 1191, 1199, 1113, 1115). Es ist also etwas „zu zahlen“. Folglich muß auch jemand da sein, der die Zahlung leistet, denn das Grundstück selbst kann es nicht. In der Tat ist auch ein zur Zahlung Verpflichteter vorhanden, und zwar in der Person

---

[35]) Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 155 ff. § 6.

[1]) Gierke, D. PrivR. § 158 II, 2; v. Schwind S. 131/32.

des jeweiligen Eigentümers des verhafteten Grundstücks. Er hat die Leistung an den Berechtigten zu entrichten, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt ist. Es fragt sich nur noch, was er zu leisten hat. Das Gesetz sagt: eine „bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke", „wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke". Wörtlich genommen ist es in den seltensten Fällen möglich, aus dem Grundstück eine Geldsumme zu zahlen oder eine Leistung zu entrichten. Es wäre nur möglich bei Naturalzinsen und anderen Abgaben, die aus den Früchten des Grundstücks geleistet werden.[2]) Auch ist es dem Berechtigten ganz gleichgültig, woher der Grundstückseigentümer das Geld nimmt. Gibt also der Ausdruck wörtlich verstanden keinen rechten Sinn, so muß er in übertragener Bedeutung gebraucht sein. In solcher ist er tatsächlich erst verständlich. Er ist nichts weiter als ein Bild, um die Beschränkung der Leistungspflicht des Eigentümers auf den Wert des Grundstücks auszudrücken.

Nun sagen manche,[3]) was das Gesetz als Zahlung aus dem Grundstück versteht, erklärt es ja selber: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147). Zahlen aus dem Grundstück heißt also Zahlen in den Formen der Zwangsvollstreckung.

Die Zwangsvollstreckung wird jedoch nur im äußersten Notfall vorgenommen und ist ein anormaler Zustand. Der Zweck der Grundstücksbelastung ist nicht der, die Zahlungen in erster Linie im Zwangsverfahren einzutreiben, sondern der, vom Grundeigentümer Zahlung zu erhalten und erst, wenn diese ausbleibt, ein starkes Machtmittel zur Befriedigung in der Hand zu haben.

---

[2]) v. Schwind S. 104.

[3]) Wolff, Sachenrecht S. 434.

Die Annahme einer Zahlungspflicht ist also viel sachgemäßer als die Behauptung einer bloßen Duldungspflicht der Zwangsvollstreckung. Sie ist auch natürlicher, einfacher und unserem Volke allein verständlich. Gerade auf letzteren Punkt müssen die Gesetzgeber den größten Wert legen. Die Rechtsnormen sollen nicht künstlich und schwer verständlich, sondern der Allgemeinheit leicht begreiflich sein. In diesem Sinne lauten auch wirklich eine ganze Reihe von Bestimmungen. Das Gesetz spricht von Kündigung, Fälligkeit, Mahnung und Verzug (§§ 1193, 1192, 1141, 1156, 1160). Alles Ausdrücke, die eine Leistungspflicht des Grundeigentümers zur Voraussetzung haben. Bloße terminologische Erleichterungen, wie Wolff[4]) meint, sind dies nicht, denn es heißt ja auch weiterhin, daß Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe Urkunden über Rechte seien, kraft deren eine Leistung gefordert werden könne (§ 952 Abs. 2 BGB.). Im ähnlichen Sinne lauten die §§ 592, 688, 794 Nr. 5 ZPO., nach denen Ansprüche aus einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld als solche bezeichnet werden, die die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande haben. Schließlich erhalten auch die von den Einreden handelnden §§ 1137, 1157 nur bei einer Leistungspflicht des Eigentümers vernünftigen Sinn, denn eine Einrede ist nur denkbar, wenn ein Anspruch besteht, gegen den sie vorgebracht werden kann.

Haben wir so zur Genüge das Vorhandensein einer Schuld des Eigentümers nachgewiesen, so müssen wir jetzt prüfen, inwieweit sich die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts auf sie anwenden lassen.[5]) Eine voll-

[4]) Wolff S. 436, 2.

[5]) Mot. Bd. 3 S. 780b; dagegen besonders Gierke, D. PrivR. § 158 II, 2 Anm. 23.

kommene Obligation setzt sich, wie wir gesehen haben, zusammen aus Schuld und Haftung. Bei den Schuldverhältnissen des heutigen Rechts haftet der Schuldner, d. i. der Leistensollende, in der Regel persönlich, ohne daß ein besonderer Vertrag zur Begründung des Haftungsverhältnisses nötig ist.

Für uns handelt es sich jetzt darum, zu entscheiden, ob die allgemeinen Regeln des Schuldrechts sich auch auf solche Obligationen anwenden lassen, bei denen der Leistensollende nicht persönlich haftet, sondern nur eine bestimmte Sache für die Leistung einsteht. Ist dies der Fall, so findet auf mehrere derartige Schuldner auch die Vorschrift des § 426 Anwendung, d. h. die mehreren Grundstückseigentümer sind immer gegeneinander ausgleichungspflichtig, ohne daß es einer besonderen dahinzielenden Vereinbarung oder Gesetzesbestimmung bedarf.

Die Zahlungspflicht des Grundeigentümers ist Leistensollen; sie entspricht dem Leistensollen bei einer verjährten Schuld. Nehmen wir an, daß diese durch ein Pfand an einer beweglichen Sache gesichert ist, so erhalten wir ein der Grundschuld vollkommen gleiches Gebilde: in beiden Fällen ein Leistensollen, für das eine Sache einsteht. Für eine solche Leistungspflicht bei einer verjährten Schuld sind mit wenigen Ausnahmen die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts anwendbar.

Die §§ 241 ff., die von der Verpflichtung zur Leistung handeln, passen alle auf unseren Fall mit Ausnahme der die Zinspflicht vorschreibenden §§ 246 ff. und der von der Unmöglichkeit und dem Schuldnerverzug redenden §§ 280 ff. Denn bei einer verjährten Schuld können nach Eintritt der Verjährung Zinspflichten nicht mehr entstehen, noch kann eine Schadensersatzpflicht wegen Verzug oder Unmöglichkeit

der Leistung begründet werden, da ja der Schuldner, wenn er nicht will, überhaupt nicht zu leisten braucht.

Dagegen lassen sich die in den folgenden Titeln und Abschnitten enthaltenen Vorschriften alle auf ein einfaches Leistensollen anwenden, so die Regeln über den Verzug des Gläubigers (§§ 293 ff.), Begründung und Inhalt des Vertrags (§§ 305 ff.), den gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff.), das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff.), die Draufgabe und Vertragsstrafe (§ 336), den Rücktritt (§ 346) und Erfüllung wie Hinterlegung (§§ 362 ff., 372 ff.).

Nicht oder doch nur mit Abweichungen passen die §§ 387 ff. über die Aufrechnung, dagegen gelten wieder die Bestimmungen über den Erlaß (§ 397), die Übertragung der Forderungen (§§ 398 ff.), die Schuldübernahme (§§ 414 ff.) und, was uns am meisten interessiert, über die Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§§ 420 ff.).

Wir sehen also: Diese allgemeinen Vorschriften passen in der Mehrzahl ebenso auf das Leistensollen mit persönlicher Haftung wie auf ein Leistensollen ohne Haftung. Ist nun schon deshalb anzunehmen, daß sie auch für die durch Haftung des Grundstücks gesicherte Leistungspflicht eines Grundeigentümers gelten, so ergibt sich dies mit Sicherheit aus folgender Erwägung.

Die von uns eben gefundenen Ausnahmen finden sich bei der Hypothek und Grundschuld ausdrücklich geregelt. Von der Zinspflicht handeln die §§ 1118 ff., 1191, 1192, vom Verzug der § 1146, von der Aufrechnung § 1142. Nur die Unmöglichkeit der Leistung ist nicht besonders erwähnt. Doch ist dies nicht verwunderlich. Denn es handelt sich in allen diesen Fällen hauptsächlich um Geldschulden, bei denen eine objektive Unmöglichkeit gar nicht eintreten kann, und

dem Unvermögen (der subjektiven Unmöglichkeit) wird durch das Vorhandensein des verwertbaren Grundstücks vorgebeugt.

Wenn also die für das Leistensollen im allgemeinen nicht passenden Vorschriften für die mit den Grundstücksbelastungen verbundene Zahlungspflicht besonders für anwendbar erklärt sind, so ergibt sich erst recht die Anwendbarkeit der für das bloße Leistensollen passenden Vorschriften, d. h. unter anderen der §§ 420 ff. und besonders des für uns wichtigen § 426.

Unser Ergebnis gilt in gleicher Weise für alle Grundbelastungen. Nicht zutreffend ist es, es nur für die Grundschuld, nicht aber für die Hypothek gelten zu lassen, wie es Puntschart tut.[6]) Es ist ja richtig, daß die Hypothek aus dem römischen Recht zu uns gekommen ist und diesem der Begriff der Realobligation fremd war. Doch haben auf ihre Gestaltung im Laufe der Entwicklung deutschrechtliche Auffassungen stark eingewirkt und sie der Grundschuld angenähert. Im Ergebnis sehen wir dies in ihrer Stellung im Gesetz zusammen mit der Grund- und Rentenschuld und getrennt von den Pfandrechten an beweglichen Sachen. Auch finden sich die Vorschriften über Verzug, Kündigung, Fälligkeit und die anderen nur bei Annahme einer Zahlungspflicht verständlichen Normen alle bei der Hypothek ausgesprochen, so daß eine Leistungspflicht des Hypothekenschuldners nicht weniger als die des Grundschuldners anzunehmen ist.

Kommen wir jetzt auf den Ausgangspunkt unserer Untersuchung, auf den § 1173 zurück, so erhalten wir das Ergebnis: Ein Ersatzanspruch ist unter mehreren Eigentümern zur Gesamtheit haftender Grundstücke nach Maßgabe des § 426

---

[6]) Grundschuldbegriff S. 115; vgl. dazu Wolff § 131 Anm. 8; Fuchs S. 374; zweifelnd v. Schwind S. 140.

immer gegeben. Auch ohne besondere Vereinbarung ist also eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung nicht mehr möglich.

§ 10.

c) Sicherung und Bestand des Ersatzanspruchs.

Haben wir bis jetzt über das Entstehen des Ersatzanspruchs Klarheit gewonnen, so bietet seine genauere Normierung im Gesetz noch ein Bild größter Unsicherheit.

§ 1173 Abs. 2 bestimmt, daß in Höhe des Ersatzanspruchs an dem Grundstück des Regreßpflichtigen eine Hypothek für den befriedigenden Eigentümer entsteht, und zwar in der Art, daß sie mit der Eigentümerhypothek an seinem Grundstück eine Gesamthypothek bildet.

Diese Regelung gibt in erster Linie dem zahlenden Eigentümer für seine etwaigen Ersatzansprüche eine dingliche Sicherung. Andererseits verhindert sie durch die Verknüpfung der beiden Hypotheken zu einer Gesamthypothek eine Verschlechterung anderer an den Grundstücken bestehender Rechte. Denn auf diese Weise bleiben sie alle nur einmal mit der Hypothekensumme belastet, während bei Schaffung von mehreren einzelnen Hypotheken die Belastung sich vervielfachen würde. Der Zweck der Vorschrift des § 1173 ist also klar. Nur die äußere Gestaltung bietet Schwierigkeiten. Es fragt sich: Welche Forderung liegt eigentlich der Gesamthypothek zugrunde?

Einfach ist zunächst der Fall, daß bei Verkauf eines von zwei mit einer Gesamthypothek für eine Schuld des Veräußerers belasteten Grundstücken der Käufer die Schuld zu übernehmen gedenkt, der Gläubiger jedoch die nach §§ 415, 416 erforderliche Genehmigung versagt, und infolgedessen

die persönliche Haftung des Verkäufers fortdauert. Bezahlt dieser nun die Schuld, so hat er einen Ersatzanspruch gegen den Erwerber in Höhe der Schuld. In gleicher Höhe erwirbt er eine Hypothek am Grundstück des Erwerbers, die mit der an seinem eigenen eine Gesamthypothek bildet. Die Grundlage dieser Gesamthypothek ist die Rückgriffsforderung gegen den Erwerber; eine andere ist gar nicht vorhanden.

Schwierigkeiten treten erst auf, wenn mehrere Forderungen da sind, die der Gesamthypothek zugrunde gelegt werden können. Wenn also z. B. für eine Schuld des S gegenüber dem Gläubiger G die Grundstücke des A und des B mit einer Gesamthypothek belastet sind und A den Gläubiger befriedigt, so erhält er die Forderung gegen S und einen Ersatzanspruch gegen B nach § 426. Welche von beiden Forderungen wird durch die nach § 1173 Abs. 2 für A entstehende Gesamthypothek gesichert?

Legt man den Ersatzanspruch gegen B zugrunde,[1]) so ist es unerklärlich, was aus der Sicherung für die Forderung gegen S wird, denn Forderung und Hypothek dürfen ja nach § 1153 Abs. 2 nicht voneinander getrennt werden.

Man sucht deshalb den Ersatzanspruch in einem besonderen Sinne zu verstehen. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte[2]) meint, der § 1173 regle gar nicht die Fälle, in denen auch die alte Forderung übergeht. Diese richteten sich vielmehr nach den den Übergang der Forderung aussprechenden Vorschriften, also nach den §§ 268, 426 Abs. 2, 477, 1150 BGB.

---

[1]) Planck § 1173 Bem. 4b; Kretzschmar § 1173 Bem. 6; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht § 151 Bem. 5; Endemann § 154 bei Anm. 54.

[2]) Komm. d. RGRäte § 1173 Bem. 6, § 1164 Bem. 2 (ohne Begründung), diese bringt Brink, Die Bezahlung der Hypothekenforderung § 37.

und § 225 KO. Maßgebend ist also hiernach der akzessorische Charakter der Hypothek, und der Befriedigende erwirbt alle für die Gläubigerforderung bestehenden Hypotheken ohne Rücksicht darauf, ob die Eigentümer der Grundstücke ihm ersatzpflichtig sind oder nicht.

Als Fälle, auf die der § 1173 nach dieser Ansicht zutrifft, bleiben somit nur solche übrig, in denen die alte Forderung nicht übergeht, wie z. B. der eben erwähnte, indem der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigte und der alte Schuldner ihn befriedigte. Hiernach könnte allerdings kein Zweifel bestehen, welche Forderung der Hypothek zugrunde liegt, da überhaupt nur eine da ist. Jedoch scheint mir die Auslegung des § 1173 im Sinne des Kommentars der Reichsgerichtsräte nicht richtig zu sein; denn sie widerspricht direkt der Vorschrift des § 1173, die doch gegenüber den anderen vom Übergang der Forderung handelnden Rechtsnormen eine lex specialis darstellt und nicht so ohne weiteres beiseite geschoben werden darf.

Andere legen nicht die Ersatzforderung, sondern die alte Forderung der Gesamthypothek zugrunde.[3]) Diese Lösung scheint sehr einfach, denn es steht ja nirgends im Gesetz, daß „für" den Ersatzanspruch die Gesamthypothek besteht, es heißt nur „in Höhe" (§ 1173 Abs. 2).

Doch tauchen auch hier wieder Schwierigkeiten auf. Wenn B nun die Ersatzforderung bezahlt, so bleibt die Gesamthypothek davon ganz unberührt.[4]) Deswegen wollen manche der Gesamthypothek beide Forderungen unterlegen.[5])

---

[3]) Fuchs § 1173 Bem. 9; Turnau-Förster § 1173 Bem. 5; Brink § 30.

[4]) Darauf weist Biermann hin (im Recht 1905 S. 265 ff.).

[5]) Staudinger § 1173 II b; Lang S. 307.

Dies ist jedoch ganz unhaltbar, da das Wesentliche der Gesamthypothek gerade darin besteht, daß mehrere Hypotheken eine Forderung sichern.

Das Gesetz stellt uns hier also vor ein fast unlösbares Problem. Einen weiteren Ausweg sucht Biermann[6]) dadurch zu finden, daß er annimmt, es liege hier in Wahrheit gar keine Gesamthypothek vor; das Gesetz wolle die entstehenden Hypotheken nur nach dem Muster der Gesamthypothek behandelt wissen.

Diese Erklärung scheint in der Tat den Verhältnissen am meisten zu entsprechen.

Nach meiner Ansicht wird der ganzen Frage eine übertriebene Bedeutung beigelegt. Denn so interessant sie theoretisch ist, so gering sind die praktischen Unterschiede in den Folgen der einzelnen Auffassungen. Nur die die alte Forderung zugrunde legende Meinung weicht im Ergebnis von den anderen ab, und auch hier wird eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung durch Anwendung der §§ 812 ff. oder, wenn nötig, der §§ 823 ff. vermieden werden können.[7])

Praktisch bedeutsamer als die Frage über die Sicherung scheint mir die über den Bestand der Rückgriffsforderung zu sein. Darf der Gläubiger durch Verzicht, Aufhebung oder Belastung der Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen mit einem Vorrang den Rückgriff des berechtigten vereiteln oder beeinträchtigen? Für den persönlichen Schuldner verbietet dies bei einer Einzelhypothek der § 1165. Daß dasselbe für den persönlichen Schuldner bei einer Gesamthypothek gelten muß, der nicht Eigentümer eines Grund-

---

[6]) Biermann a. a. O.

[7]) Brink S. 93.

stücks ist, wird von niemanden in Abrede gestellt. Dagegen wird ihm, wenn er gleichzeitig Eigentümer eines mithaftenden Grundstücks ist, der Schutz des § 1165 versagt,[8]) da sonst das freie Wahlrecht des Gesamtgläubigers aus § 1132 Abs. 1 Satz 2 eine Verkürzung erfahren würde.

Dies ist richtig, und eine analoge Anwendung des § 1165 ist daher nicht anzunehmen, denn sonst müßte ja der Gesamtgläubiger, ehe er auf die Hypothek an einem der ihm verhafteten Grundstücke verzichtet, immer erst feststellen, ob der Eigentümer dieses Grundstücks oder ein Rechtsvorgänger desselben einem der Eigentümer der übrigen Grundstücke ersatzpflichtig ist.[9]) Der Gegengrund, den Robert vorbringt,[10]) der persönliche Schuldner dürfe nicht dadurch, daß er auch dinglich haftet, schlechter gestellt werden, als wenn dies nicht der Fall sei, leuchtet mir nicht ein. Vielmehr scheint mir, gerade weil er auch dinglich haftet, eine Beschränkung seiner Rechte sehr begreiflich.

Wenn wir schon in diesem Fall, wo der persönliche Schuldner Eigentümer eines Grundstücks ist, den Regreß versagen, dann um so mehr in demjenigen, in dem der Eigentümer nicht persönlich, sondern nur dinglich haftet,[11]) denn hier fehlt es an jeder Grundlage zu einer analogen Anwendung des § 1165, der nur vom persönlichen Schuldner spricht.

---

[8]) Fuchs § 1173 Bem. 10.

[9]) Fuchs a. a. O.; and. A. Turnau-Förster § 1179 Bem. 9; Lang S. 315; Robert S. 44ff.; Oberneck S. 151 Bem. 5b S. 330.

[10]) Robert S. 46.

[11]) Lang S. 316; Robert S. 44ff.; and. A. Hachenburg, Vorträge S. 627; Biermann § 1173 Bem. 2c; Turnau-Förster § 1173 Bem. 9.

2. Gesamthaftungen von beweglichen Sachen.

§ 11.

a) Begründung des Rückgriffs.

A hat für eine Forderung des Gläubigers G gegen den Schuldner S seine Uhr verpfändet und B, ohne daß er davon etwas wußte, seinen Ring. S ist zahlungsunfähig. B befriedigt den Gläubiger. Nun erfährt er, daß auch A eine Sache als Pfand gegeben hat. Erwirbt er mit der Forderung gegen S auch das Pfandrecht an der Uhr? Wenn ja, erwirbt er es ganz oder zum Teil?

Hier tauchen ähnliche Schwierigkeiten auf wie bei der Gesamtbelastung von Grundstücken, und auch hier gehen die Meinungen in gleicher Weise auseinander. Schon im römischen und gemeinen Rechte bestand in dieser Frage eine gewisse Unsicherheit. Teils ließ man bei der Zession der Forderung die Pfandklage gegen den anderen Pfandschuldner gar nicht übergehen,[1]) teils nahm man einen Übergang an, doch konnte dann der klagende Pfandbesitzer nicht vollen, sondern billigerweise nur einen der Zahl und dem Werte der Pfandsachen entsprechenden geringeren Ersatz verlangen.[2])

Es liegt nahe, für das heutige Recht bei der Mitpfänderschaft von beweglichen Sachen ebenso zu entscheiden wie bei der Gesamthypothek. Ebenso wie wir dort ein Gesamtschuldverhältnis der mehreren Eigentümer und infolgedessen Ausgleich nach § 426 annahmen, sind wir versucht, dies auch hier zu behaupten. Die Frage, von der die Beurteilung dieser Annahme abhängt, ist folgende: Trifft den Pfandschuldner bei

---

[1]) Knorr in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 28 S. 185/86.

[2]) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 366/67.

einer beweglichen Sache ebenso wie den Eigentümer eines belasteten Grundstücks ein Leistensollen?[3])

Man kann schwankend sein, welche Antwort hierauf zu geben ist. Ist es denn hier nicht dasselbe wie bei den Grundstücken? Daß die Sache in dem einen Fall eine bewegliche, im anderen eine unbewegliche ist, kann doch keinen großen Unterschied machen.

So könnte man denken. Doch lehrt uns ein Blick auf die Entwicklung und die Gestaltung der Sachhaftungen im Gesetz ein anderes.

Das Pfandrecht hat sich unter Einwirkung römischer und germanischer Rechtsauffassungen ausgebildet. Die Hypothek stammt historisch aus dem römischen Pfandrecht. Nach der Rezeption verband sie sich mit der deutschen neueren Satzung. Das war die Verpfändung eines Grundstücks, die dem Pfandgläubiger ein Recht auf Befriedigung durch das Grundstück, jedoch keinen Besitz an ihm gewährte. Aus Vermischung der römischen hypotheca und der jüngeren Satzung entwickelte sich dann ein Gebilde, welches heute mehr deutsche als römische Elemente in sich birgt.

Hauptmerkmale dafür sind der Sieg des germanischen Publizitätsprinzips gegenüber der Heimlichkeit der römischen Hypothekenbestellung, die Durchführung der Spezialität — Generalhypotheken gibt es nicht mehr — und die Eindämmung des römischen Satzes von der strengen Akzessorietät. Das deutsche Recht hat Hypotheken gekannt, die vollkommen unabhängig waren von einer persönlichen Forderung.[4]) Heute

---

[3]) Bejahend Cosack § 201 I, 2; Crome § 490 I; Cohn in JurW. 1906 S. 412.

[4]) z. B. das mecklenb. Recht; vgl. v. Meibom § 13 I, 1; Gierke, D. PrivR. § 157 IV.

finden wir diese Selbständigkeit in ihrer reinsten Form bei der Grundschuld. Auch die Hypothek zeigt in gewissen Fällen eine Unabhängigkeit von der Forderung[5]): §§ 1138, 1137: Erstreckung der Publizität auf die persönliche Forderung und die Einreden, §§ 1163, 1177: Eigentümerhypothek ohne jede Forderung, § 1180: Austausch der Forderung. Diese genügen, um die Hypothek dem vollkommen akzessorischen Pfandrecht der Römer zu entfremden und der deutschen Grundschuld, dem Musterfall einer Realobligation, zu nähern.

Ganz anders bei dem vom Bestand der Forderung abhängigen Pfandrecht an beweglichen Sachen. Hier finden wir in der Hauptsache die Rechtssätze des römischen Rechts wieder, dem der Begriff der Realobligation nicht bekannt war.

Diese Scheidung zwischen den beiden Arten der Sachhaftung drückt sich deutlich in unserem Gesetz aus. Im 8. Abschnitt des 3. Buches faßt es Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld zusammen und stellt sie dem im 9. Abschnitt geregelten Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten gegenüber. Diese Trennung ist nicht zufällig, sondern geschah bewußt, wie ein Vergleich mit dem den Unterschied noch nicht kennenden 1. Entwurf ergibt.[6]) Nach der Systematik des Gesetzes ist es also nicht richtig, die Grundbelastungen und Pfandrechte an beweglichen Sachen und Rechten unter den Oberbegriff Pfandrecht zu bringen,[7]) sondern im Gegenteil das Pfandrecht der Realobligationen gegenüberzustellen.[8])

Der äußeren Anordnung entspricht auch die innere Gestaltung. Während es bei den Realobligationen heißt: eine

---

[5]) vgl. Staudinger § 1113 I, 2a.

[6]) Fuchs Vorbem. z. 8. Abschnitt 5a.

[7]) So Cosack § 221; Hachenburg, Beitr. S. 46.

[8]) So Fuchs a. a. O.

Summe „ist zu zahlen“, muß sich beim Pfandrecht der Gläubiger selbst Befriedigung aus der Sache „suchen“ (§ 1204). Auch fehlen hier alle sonstigen Bestimmungen, die auf eine Leistungspflicht des Pfandschuldners hindeuten könnten. Von Fälligkeit, Kündigung, Mahnung usw. ist nirgends die Rede. Daß diese Vorschriften hier nur deshalb weggelassen seien, um ihre Wiederholung zu vermeiden, wie Cohn[9]) zur Begründung seiner Ansicht meint, ist eine recht unsichere Behauptung.

Die so vom Gesetz getroffene Regelung entspricht auch ganz dem Volksbewußtsein. Während sich der Laie das Leisten des Grundeigentümers nicht anders als die Erfüllung einer Pflicht vorstellen kann: „Du sollst zahlen, zahlst du nicht, so wird in dein Grundstück vollstreckt“, hat er hier eine ganz andere Auffassung: „Ich habe das Pfandobjekt in der Hand und werde es veräußern, du kannst dies aber durch Zahlung abwenden“.

Wir können also einen Ausgleich unter mehreren Mitverpfändern nicht wie bei den Eigentümern korreal belasteter Grundstücke durch direkte Anwendung des § 426 begründen. Dies ist aber auch gar nicht nötig. Denn wir haben hier den § 1225, der das Verhältnis mehrerer Mitverpfänder zueinander regelt. Satz 1 des § 1225 bestimmt, daß auf den Verpfänder, der nicht der persönliche Schuldner ist, die Forderung gegen den Schuldner übergeht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt. Folglich gehen gemäß §§ 412, 401 auch die für die Forderung bestehenden Sicherheiten über, also in unserem Fall das oder die anderen noch bestehenden Pfandrechte.

---

[9]) JurW. 1906 S. 412.

Nun gibt es einige Fälle im Bürgerlichen Gesetzbuch, in denen diese Regel durchbrochen wird und der Übergang abhängig gemacht wird von einem besonderen Ersatzanspruch. Dies ist der Fall bei der Mitbürgschaft (§§ 774 Abs. 2, 426) und bei der Gesamthypothek (§ 1173). Bei der Mitpfänderschaft bestehen Zweifel, denn manche behaupten, die im § 1225 ausgesprochene entsprechende Anwendung des § 774 beziehe sich nur auf Abs. 1.[10])

Die zwei sicheren Ausnahmen genügen aber schon, um einige Schriftsteller[11]) zur Aufstellung des allgemeinen Satzes zu veranlassen, daß die Sicherung auf den befriedigenden Teil nur dann übergehe, wenn er einen obligatorischen Ausgleichungsanspruch gegen den durch die Sicherung Verpflichteten hat.

Es ist schwer einzusehen, wie man aus solch seltenen und immer bestimmt ausgesprochenen Ausnahmen gleich einen allgemeinen Rechtssatz aufbauen kann, der die klaren Bestimmungen der §§ 412, 401 für viele Fälle einfach außer Anwendung setzt. Wir wenigstens können ihn nicht für richtig halten und wollen deshalb prüfen, ob nicht § 1225 in Verb. mit § 774 ausdrücklich eine solche Ausnahme statuiert.

Der § 1225 befiehlt die entsprechende Anwendung von § 774. Der Abs. 1 des § 774 macht in der entsprechenden Anwendung keine Schwierigkeiten, wohl aber Abs. 2: Mitbürgen haften nur nach § 426. Dieser Satz im § 774 begründet nicht etwa eine Ausgleichungspflicht unter Mitbürgen, sondern hat eine ganz andere Funktion. Mitbürgen haften

---

[10]) Biermann § 1225 Bem. 1; Strohal in DJZ. 1903 S. 375 Endemann § 141 Anm. 12.

[11]) So Lippmann in Thür. Bl. f. Rechtspfl. Bd. 51 S. 182ff.; Breit bei Gruchot Bd. 48 S. 285, 390, 292; mit erheblichen Einschränkungen Sternberg bei Gruchot Bd. 52 S. 547ff., 559.

nach § 769 als Gesamtschuldner. Als solchen besteht unter ihnen eine gesetzliche Ausgleichungspflicht nach § 426 Abs. 1. Die Vorschrift des § 426 Abs. 2 dagegen ist nicht so ohne weiteres anwendbar. Denn sie steht mit § 774 Abs. 1 in Widerspruch, der in Verb. mit §§ 412, 401 bestimmt, daß die Rechte des Gläubigers gegen die übrigen Bürgen im vollen Umfang auf den zahlenden Bürgen übergehen, während der § 426 Abs. 2 den Übergang von dem Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs abhängig macht. Diesen Widerspruch löst § 774 Abs. 2. Er schränkt den § 774 Abs. 1 dahin ein, daß ein Übergang der Rechte nur insoweit stattfinden darf, als der zahlende Bürge gegen den Mitbürgen einen Ausgleichungsanspruch hat.[12])

Überträgt man in dieser Bedeutung den § 774 Abs. 1 in den § 1225, so erhält man das Ergebnis: Der zahlende Mitverpfänder erwirbt das Pfandrecht an den anderen Pfandobjekten nur insoweit, als er einen Ausgleichungsanspruch hat.[13]) Wann aber hat er diesen? Gerade hierauf kommt es uns an.

Ich glaube, eine richtige Anwendung des § 774 im § 1225 gibt uns Antwort. Die mechanische Übertragung des § 774 Abs. 2 in seiner für das Verhältnis von Mitbürgen zueinander geltenden Bedeutung auf den § 1225 halte ich für irrig. Hier übt er eine ganz andere Wirkung aus, denn die Mitverpfänder sind ja nicht wie die Mitbürgen Gesamtschuldner. Er hat also zunächst noch nichts Widersprechendes, das er in Einklang bringen könnte. Dieses ruft er erst selbst hervor.

---

[12]) Oertmann § 774 Bem. 3a; Planck § 1225 Bem. 2c; Sternberg bei Gruchot Bd. 52 S. 546; Bendix im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 92.

[13]) Planck § 1225 Bem. 2c; Sternberg S. 550.

In seiner entsprechenden Anwendung lautet § 774 Abs. 2: Mitpfänder haften nur nach § 426. Mitpfänder, d. h. die mehreren Pfandobjekte haften, nicht die Mitverpfänder! Hiermit erledigt sich gleich der Einwand, den Biermann macht, indem er den § 774 Abs. 2 hier nicht für anwendbar erklärt, da die Verpfänder nicht persönlich hafteten, also in dem Zitieren des vollen § 774 ein Redaktionsversehen liegen müsse.[14])

Da nur die Pfandsachen haften, kann § 774 Abs. 2 und der in ihm zitierte § 426 auch nur auf diese entsprechend angewandt werden. Hieraus ergibt sich, daß gemäß Abs. 1 des § 426 auf jedes Pfandobjekt im Innenverhältnis im Zweifel der gleiche Haftungsanteil entfällt. Aus Abs. 2 von § 426 folgt, daß, soweit im Verhältnis zueinander die Last von einem Pfand zu tragen war, dieses neben dem anderen weiterverhaftet bleibt. Dieser Satz steht mit dem sich aus § 1225 in Verb. mit §§ 412, 401 ergebenden in Widerspruch, wonach die Pfandsache voll und ganz verhaftet bleibt. Deshalb heißt es in der entsprechenden Anwendung des § 774 Abs. 2: Mitpfänder haften nur nach § 426. Der Widerspruch wird also gelöst und das Pfandobjekt bleibt nur so weit neben dem anderen verhaftet, als es die Last im Innenverhältnis zu tragen bestimmt ist.

Daß dies immer zu gleichen Teilen geschieht, ist nicht notwendig. Vielmehr kann sich aus mancherlei Umständen oder Parteivereinbarungen eine Abweichung ergeben. So z. B. wenn der eine Verpfänder zugleich der persönliche Schuldner ist. Hier bleibt dessen Pfandrecht vollständig

---

[14]) Biermann § 1225 Bem. 1; vgl. auch Koban, Regreß S. 199, 200.

verhaftet, wenn sein Mitverpfänder den Gläubiger befriedigt, denn die Last soll schließlich vom Vermögen des persönlichen Schuldners getragen werden.[15])

Wir erhalten also in entsprechender Anwendung der §§ 774 u. 426 ein befriedigendes Resultat,[16]) das entschieden richtiger ist als die Abwälzung des vollen Schadens auf eines der beiden Pfänder.[17]) Auch ist unsere Begründung zutreffender als die auf der direkten Anwendung von § 426[18]) oder auf einem allgemeinen Ausgleichungsprinzip beruhende.[19]) Denn allgemeine Prinzipien, und mögen sie noch so richtig sein, können allein keinen Fall entscheiden. Wir müssen eine feste Rechtsnorm haben, auf die wir uns stützen, und diese ergibt sich aus § 1225 in Verb. mit §§ 774 u. 426.

§ 12.

b) Äußere Einwirkungen auf den Rückgriff.

1. Man hat behauptet, daß der Wert der Pfandobjekte einen Einfluß auf die Gestaltung des Rückgriffs ausübe.[1]) Wenn für eine Forderung von 10000 des G gegen S der A ein Automobil im Werte von 10000, der B ein Wertpapier

---

[15]) Schulz S. 62ff.; Eccius bei Gruchot Bd. 48 S. 678.

[16]) Wolff § 160 II, § 165 II; Crome § 496 Anm. 43; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 1107; Koban S. 200; Martinius in DJZ. 1903 S. 543; Sellner im Recht 1904 S. 477.

[17]) Sternberg S. 550; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB. Bd. 2 S. 496; Planck § 1225, 2c.

[18]) Cohn in JurW. 1906 S. 412; Bendix im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 91.

[19]) Breit S. 293; Schulz S. 77.

[1]) Martinius in DJZ. 1903 S. 543; Koban S. 184ff., 200; für das gemeine Recht: Dernburg, Pfandrecht S. 367.

in Höhe von 4000 verpfändet haben, dann soll, obwohl beide für die ganze Forderung Sicherung bestellten, doch nur in Höhe der minder wertvollen Sache, also im Betrag von 4000 Mitpfänderschaft vorliegen.

Wenn demnach B den G befriedigt, dann erwirbt er an dem Automobil zunächst ein Pfandrecht in Höhe von 6000, da für diesen Betrag ein Einzelpfandrecht bestand, dazu noch ein Pfandrecht von 2000 als der Hälfte des Betrags des Mitpfandrechts, also zusammen ein Pfandrecht von 8000. Er erwirbt mithin ein Pfandrecht an der wertvolleren Sache in Höhe des ideellen Teils dieser Sache, welcher, wie Martinius[2]) sich rechnerisch ausdrückt, gefunden wird, „wenn man von ihrem Wert den halben Wert der minder wertvollen Sache abzieht und den Rest als Zähler, den Wert der wertvolleren Sache aber als Nenner eines Bruches einstellt". In unserem Beispiel: $10\,000 - \frac{4000}{2} = 8000$; $\frac{8000}{10\,000} = \frac{8}{10}$ ideelle Teile des Automobils, d. i., da dessen Wert 10 000 beträgt: 8000.

Daß diese Rechnungsart sehr einfach sei, kann man nicht behaupten, dazu ist sie noch nicht einmal richtig. Beträgt die Schuld im selben Beispiel nur 2000, so erwirbt der befriedigende B an dem Automobil ebenfalls ein Pfandrecht von 8000, A andererseits, wenn er die 2000 bezahlt, an den Wertpapieren ein Pfandrecht in Höhe von 2000. Jeder, der den Gläubiger befriedigt, könnte sich dann also voll und ganz am Pfand des anderen schadlos halten; der Nichtbefriedigende trüge den ganzen Schaden.[3]) Jeder würde dem anderen in der Befriedigung zuvorzukommen suchen, und nicht innere

---

[2]) Martinius S. 544.

[3]) Breit S. 294.

Gründe, sondern der Zufall entschiede über den Rückgriff zugunsten des früheren Zahlers.

Der Ausgleich unter Berücksichtigung des Wertes der Pfandsachen kann also nicht richtig sein. Dies ergibt sich schon daraus, daß der Erwerb des Pfandrechts an der mithaftenden Sache sich in allen Fällen gleichgestaltet, welches auch die Höhe der Pfandsumme sein mag. Vielmehr kommt es gerade auf diese an.

Es ist hier nicht anders wie bei der Bürgschaft. Wenn sich A und B als Mitbürgen in Höhe von 40 000 für einen Dritten verbürgen und A befriedigt den Gläubiger, so hat er gegen B einen Ausgleichungsanspruch in Höhe von 20 000, nicht nur in Höhe von 5000, wenn dessen Vermögen nur 10 000 betrug. Maßgebend ist also die Höhe der Bürgschaftssumme, nicht des Wertes des Vermögens des B. Ebenso ist es bei den Verpfändungen.

Man könnte uns vielleicht entgegenhalten, was nützt es, dem Befriedigenden einen höheren Rückgriff zu gewähren, als er wirtschaftlich verwerten kann, da praktisch entscheidend doch der Wert der Pfandsache, nicht die Pfandsumme ist? Demgegenüber ist zu sagen, daß die Pfandsumme stets unzweifelhaft festgestellt werden kann, während dies beim Wert der Pfandsache nicht der Fall ist. Hier müßte erst umständlich taxiert werden; wie dann erst, wenn der Wert des Pfandobjekts schwankt? Welcher Zeitpunkt sollte hier der Wertberechnung zugrunde gelegt werden, die Zeit der Verpfändung, Befriedigung oder Geltendmachung des Pfandrechts gegen den Mitverpfänder? Alle diese Schwierigkeiten können bei richtiger Beurteilung der Sachlage gar nicht aufkommen.

2. Interessant ist ferner die Frage, inwieweit der Pfandgläubiger durch Verzicht auf ein Pfandrecht oder Zession des

ganzen Forderungsrechts auf einen Pfandeigentümer, wodurch dessen Pfandrecht erlischt, auf die Ausgleichung einwirken darf.

Dadurch daß das eine Pfand entlassen wird, erhöht sich die Last der übrigen. Bei der Bürgschaft bestimmt § 776, daß der Bürge insoweit frei wird, als er aus der vom Gläubiger aufgegebenen Sicherung hätte Ersatz erlangen können. Bei der Gesamthypothek sahen wir, daß diese Befreiung nur dem zugleich persönlich haftenden Eigentümer gewährt war. Bei den Pfandrechten an beweglichen Sachen fehlt eine derartige Bestimmung völlig. Auch mangelt es an jedem Hinweis für eine analoge Anwendung des § 776. Koban[4]) meint, der geschädigte Pfandeigentümer erwerbe einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegen den Gläubiger, den er bei Inanspruchnahme aufrechnen könne.

Doch scheint mir dies bedenklich. Es mag ja Fälle geben, in denen ein Schadensersatzanspruch entsteht, z. B. wenn die Voraussetzungen des § 826 vorliegen. Diese werden jedoch äußerst selten gegeben sein, und nach § 823 läßt sich ein Schadensersatzanspruch nicht begründen, denn die Anwartschaft des Verpfänders, sich an die mithaftenden Sachen halten zu können für den Fall, daß er den Gläubiger befriedigt, ist kein unter § 823 fallendes „sonstiges Recht".

Der Verpfänder steht hier also tatsächlich schutzlos da. Doch wird sich dies in der Praxis nicht unangenehm bemerkbar machen, denn in allen Fällen, in denen ein Eigentümer seine Sache mit Rücksicht auf die Mithaft anderer verpfändete, kann er ja den Pfandgläubiger vertraglich binden, seine Rückgriffsrechte nicht zu verschlechtern, und dann den aus

---

[4]) S. 201, 204, vgl. auch S. 186/87.

der Vertragsverletzung entstandenen Schadensersatzanspruch geltend machen. Wenn ihm andererseits die Mithaft der Pfandsachen nicht bekannt war, verliert er schließlich nicht mehr, als er von vornherein aufzugeben Willens war.

3. Bisher hatten wir immer angenommen, daß Verpfänder und Eigentümer ein und dieselbe Person seien.[5]) Es kann jedoch auch vorkommen,' daß sie auseinanderfallen. Wenn ein Mitverpfänder eine mithaftende Sache veräußert, so verliert der befriedigende Verpfänder hieran sein Rückgriffspfandrecht nicht, es sei denn, daß der Erwerber sich in gutem Glauben befand (§ 936). Desgleichen übt es auf den Rückgriff an der mithaftenden Sache keinen Einfluß aus, daß der Mitverpfänder eine fremde Sache verpfändete.

Umgekehrt ist es gleichgültig, ob der befriedigende Verpfänder Eigentümer der Pfandsache ist oder nicht.

War andrerseits der Befriedigende gar nicht der Verpfänder, sondern der Eigentümer, dessen Sache unbefugterweise von einem Dritten verpfändet wurde, so erwirbt er nach § 1249 die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und mit ihr das Pfandrecht an den mitverpfändeten Sachen, jedoch, soweit nichts anderes bestimmt ist, nur in einer der Zahl der Pfänder entsprechenden Höhe. Denn wie oben gezeigt, haben nach § 1225 in Verb. mit §§ 774 u. 426 nicht die Verpfänder, sondern die Pfandobjekte im Verhältnis zueinander die Last zu tragen.

---

[5]) vgl. dazu ausführlich Sternberg S. 551 ff.

§ 13.

3. Gesamthaftungen von Grundstücken und beweglichen Sachen.

Für den Fall, daß für ein und dieselbe Schuld neben einem Grundstück eine bewegliche Sache haftet, fehlt es im Bürgerlichen Gesetzbuch an jeder Bestimmung über das Verhältnis der beiden Sachhaftungen zueinander.

Sehen wir zunächst, wohin wir bei Anwendung der das Verhältnis der Pfandschuldner zum Gläubiger regelnden Vorschriften kommen. Angenommen, der Verpfänder befriedigt den Gläubiger, dann geht auf ihn nach § 1225 Satz 1 die Forderung gegen den Schuldner über. Mit dieser erwirbt er auch die Sicherheiten (§§ 412, 401), also die Hypothek am mithaftenden Grundstück. An diesem kann er sich schadlos halten. Der Eigentümer des Grundstücks, der nun seinerseits die Forderung erwirbt,[1]) erhält diese ohne die Sicherung an dem Pfandobjekt, denn das Pfandrecht ist durch Konfusion nach § 1256 erloschen. Der leidtragende Teil ist demnach der Eigentümer des Grundstücks.

Dasselbe Ergebnis tritt ein, wenn dieser selbst den Gläubiger befriedigt. Er erwirbt dann zwar das Pfandrecht, doch geht, wenn er sich aus der beweglichen Sache befriedigt, die Forderung samt der Hypothek auf deren Eigentümer über, so daß dieser sich wieder an das Grundstück halten kann, während das Pfandrecht an seiner eigenen Sache erlischt, (§§ 1143, 1247, 1249, 268 Abs. 3. 412, 401, 1256). Die Last trägt hier ebenfalls im Ergebnis das Grundstück. Es ist also

---

[1]) So herrschende Meinung bei Staudinger § 1181 Bem. III d, analoge Anwendung des § 1143 im Fall des § 1181.

gegenüber dem Fahrnispfand schlechter gestellt. Ein Grund für dessen Bevorzugung ist nicht zu finden.

Noch sonderbarer ist das Resultat, wenn zufällig eine Voraussetzung des § 1256 gegeben ist; dann erlischt nämlich das Pfandrecht nicht, und das Umspringen des Rückgriffs geht ins Unendliche weiter.

Bekennt man sich demgegenüber zu der von uns abgelehnten Ansicht, daß die Sicherungen nur dann übergehen, wenn ein besonderer Ausgleichungsanspruch gegeben ist, so trägt bei Fehlen eines solchen immer derjenige den Schaden, der dem Gläubiger zuerst Zahlung leistet oder der aus dessen Grundstück oder beweglicher Sache der Gläubiger sich zuerst befriedigt.[2]) Die Folge wäre dann die, daß niemand mehr den Gläubiger freiwillig befriedigen wollte, oder daß ihn jeder dahin zu beeinflussen suchte, sich doch an die anderen Sicherungen zu halten, wodurch unlauteren Abmachungen Tor und Tür geöffnet wäre.

Um alle diese Mängel zu vermeiden, hat man verschiedene andere Konstruktionen vorgeschlagen.

Was wir von der Lösung mittels eines allgemeinen Ausgleichungsprinzips[3]) halten, haben wir schon mehrmals betont.[4]) Gangbarer scheint der Weg auf Grund des § 426 zu sein, wenn ich auch die Art und Weise, wie er angewandt wird, nicht für richtig halten kann.

Man will den § 426 unmittelbar verwerten,[5]) da hier ein Gesamtschuldverhältnis vorliege. Zu einem Gesamtschuldverhältnis gehören aber doch mindestens zwei Schuldner, hier

---

[2]) Breit S. 292; Sternberg S. 556.

[3]) Schulz S. 71; Breit S. 293.

[4]) oben S. 41, 42, 76.

[5]) Bendix S. 91; Koban S. 203 § 3.

ist indessen nur einer vorhanden: der Eigentümer des verhafteten Grundstücks. Der Eigentümer der Pfandsache ist, wie wir gesehen haben, zu keinerlei Leistung verpflichtet. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt also in Wahrheit gar nicht vor, und die Voraussetzungen des § 426 treffen nicht zu.

Er kann also direkt nicht angewandt werden. Wohl aber scheint mir seine entsprechende Anwendung geboten, und zwar aus folgenden Gründen: Treffen mehrere Eigentümer korreal belasteter Grundstücke zusammen, so regelt sich ihr Innenverhältnis nach § 426, denn sie sind Gesamtschuldner. Haften andrerseits mehrere bewegliche Sachen korreal als Pfand, so bestimmt sich der Anteil an dem Tragen der Last durch die einzelnen Sachen ebenfalls nach der Vorschrift des § 426, und zwar, wie wir im vorigen Paragraphen sahen, in seiner entsprechenden Anwendung.

Gilt also für jede einzelne Art dieser Sachhaftungen der § 426, so ist anzunehmen, daß er auch Anwendung findet, wenn beide Arten zusammentreffen. Wir werden ihn also analog heranziehen können. Es liegt hier derselbe Rechtsgrund vor wie in den anderen Fällen: Auch hier handelt es sich um korreale Sachhaftungen, und die analoge Anwendung des § 426, die das Gesetz für mehrere Fahrnispfänder wünscht, ist deshalb auch hier am Platze.

Dritter Teil.

Die gemischten (dinglichen und obligatorischen) Gesamtschuldverhältnisse.

§ 14.

1. Zusammentreffen von Grundstückshaftung und persönlicher Haftung.

1. Bei dem Zusammentreffen von dinglicher und persönlicher Haftung wollen wir zunächst den Fall betrachten, daß beide für eine fremde Verbindlichkeit eingegangen sind. Für die Forderung des G gegen den S gibt A an seinem Grundstück eine dingliche Sicherung, während B durch Eingehen einer Bürgschaft eine persönliche Haftung begründet.

Das Gesetz sagt auch hier nichts Ausdrückliches darüber, in welcher Weise sich bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Last verteilt, obwohl ihm die gleichzeitige persönliche und dingliche Haftung nicht unbekannt ist, wie § 776 beweist. Eine eingehende Erörterung hierüber haben wir für unser Recht zuerst Strohal zu verdanken, dessen Aufsatz[1]) den Anstoß zu weiterer Prüfung gegeben und die bisher erschienene Literatur hervorgerufen hat.

Doch ist auch schon vorher anderen Schriftstellern die Schwierigkeit dieser Frage aufgefallen, so Dernburg und Knorr für das gemeine Recht[2]) und den Franzosen

[1]) Strohal in DJZ. 1903 S. 373.

[2]) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2. S. 267; Knorr im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 28 S. 170.

Demolombe und Troplong sowie anderen[3]) für das Gebiet des code civil.

Dernburg legt die ganze Last dem Bürgen auf, da durch die Novelle IV[4]) bestimmt sei, erst hafte der Hauptschuldner, dann der Bürge und zuletzt das Pfand. Für eine Verteilung der Last bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners findet er keine Grundlage. Anders die Franzosen. In Frankreich wird die gleichmäßige Verteilung nach Muster der Gesamtschuld vorwiegend für richtig angesehen: La perte résultant de l'insolvabilité du débiteur se répartira par moitié entre la caution personelle et la caution réelle.[5])

Diese befriedigende Lösung scheint auch für unser Recht das erstrebenswerte Ziel zu sein. In der Tat läßt es sich auch ohne große Schwierigkeit erreichen, und die Meinungen der Schriftsteller, die die ganze Last immer nur einen der Sicherungspflichtigen auferlegen wollen, können wir nicht für richtig halten.

So führt insbesondere Strohals Auffassung zu unbefriedigenden Ergebnissen. Strohal[6]) hält es für zweifellos, daß bei gleichzeitiger Haftung eines Grundstücks und eines Bürgen der Eigentümer eines Grundstücks im Ergebnis die volle Last zu tragen habe, da der befriedigende Bürge die Forderung mit der dinglichen Sicherung erwirbt, während die Bürgschaft durch Konfusion erlischt. Andrerseits ist der befriedigende Eigentümer, der sich am Bürgen schadlos gehalten hat, wiederum dessen Zugriff ausgesetzt, so daß er

---

[3]) Demolombe, Cours de cod. Nap. 27 Nr. 654, 655 S. 593 ff.; ausführliche Besprechung der französischen Literatur bei Schulz S. 62 ff.

[4]) Nov. IV Caput 2.

[5]) Demolombe Nr. 655.

[6]) a. a. O.

infolge des Erlöschens der Bürgschaft schließlich der leidtragende Teil ist (§§ 1143, 1177, 744, 412, 401).

Dieses Ergebnis findet Strohal ganz korrekt, denn er, und ihm folgend Sternberg und Lippmann meinen,[7]) daß der Bürge in unserem Gesetz bessergestellt ist als ein dinglich Verhafteter, sei es, daß ein Grundstück haftet oder eine bewegliche Sache als Pfand gesetzt ist. Einen Anschein von Richtigkeit verleihen dieser Behauptung die zahlreichen Schutzvorschriften bei der Bürgschaft: die Formvorschrift (§ 766), die Gewährung der Einrede der Vorausklage (§§ 771 bis 773) und der Schutz vor Verkürzung des Rückgriffs (§ 776), alles Bestimmungen, die sich bei den Grundstücksbelastungen in geringerem Maße, beim Pfandrecht an beweglichen Sachen überhaupt nicht vorfinden.

Trotzdem ist nach meiner Meinung der Bürge nicht bessergestellt, im Gegenteil, es ist doch ganz klar, daß der Bürge, der persönlich mit seinem ganzen Vermögen für eine Schuld haftet, viel schlechter dasteht als einer, der nur eine einzelne Sache für die Schuld einstehen läßt. Damit nun der Bürge nicht zu schlecht gestellt ist, hat ihm das Gesetz eine Reihe von Schutzvorschriften zugedacht. Wenn man sich demgegenüber ganz besonders auf den § 776 beruft,[8]) der doch ganz unzweifelhaft den Bürgen besser als den Eigentümer einer verhafteten Sache stelle, so möge man bedenken, daß dies doch im § 776 nur in einer einzigen Beziehung ausgesprochen ist, nämlich für den Fall, daß der Gläubiger mithaftende Sicherungen aufgibt, und daß durch diesen Para-

---

[7]) Sternberg S. 560; Lippmann in Thür. Bl. f. Rechtspfl. Bd. 51 S. 183.

[8]) Strohal S. 375; Lippmann S. 184.

graph vielmehr das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger geregelt wird als das der Sicherungspflichtigen untereinander.

Können wir mithin eine bessere Stellung des Bürgen nicht anerkennen, so kann uns auch ein Ergebnis nicht befriedigen, das den Bürgen ganz frei ausgehen läßt, dem Eigentümer des verhafteten Grundstücks dagegen die ganze Last aufbürdet.

Ebensowenig können wir natürlich der Ansicht zustimmen, die einen Übergang der Haftung nur bei Vorliegen eines besonderen Ausgleichungsanspruchs anerkennt. Hierdurch ist die endgültige Haftung vom Zufall abhängig gemacht, indem derjenige den Schaden zu tragen hat, an den sich der Gläubiger zuerst hält.[9])

Die richtige Lösung liegt vielmehr auch hier in einer gleichmäßigen Verteilung der Haftung nach Maßgabe des § 426, und zwar in seiner unmittelbaren Anwendung. Denn wir haben es hier mit einem richtigen Gesamtschuldverhältnis zu tun. Daß der Eigentümer des Grundstücks Schuldner ist, haben wir in den §§ 8 u. 9 unserer Untersuchung gesehen. Der Bürge ist ebenfalls Schuldner, denn er schuldet dem Gläubiger die Erfüllung seines Bürgschaftsvertrags. Mithin haben wir hier zwei Schuldner, die beide dasselbe schulden, von denen der Gläubiger aber nur einmal die Leistung verlangen kann: also Gesamtschuldner.

Folglich regelt sich ihr Innenverhältnis nach dem § 426, d. h. der Eigentümer des verhafteten Grundstücks und der Bürge erwerben nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen gegen den anderen einen Rückgriff, und

---

[9]) So Breit bei Gruchot Bd. 48 S. 292a.

zwar „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ zu gleichen Teilen.[10])

2. Solch anderes ist beispielsweise schon durch die Umstände bestimmt, wenn der Eigentümer, der sein Grundstück für die Schuld einstehen läßt, der persönliche Schuldner selber ist. Dann besteht eine Haftung für eigene Verbindlichkeit, während der Bürge für fremde Verbindlichkeit einsteht. Der Bürge hat also gegen den Eigentümer vollen Regreß, denn wir sahen ja oben,[11]) daß derjenige, der eine fremde Verbindlichkeit erfüllt, vollen Rückgriff gegen den hat, für den sie eine eigene ist.

Verkauft der Grundstückseigentümer und persönliche Schuldner sein Grundstück und überträgt er es an einen Dritten, so ist aus der Haftung für eigene Verbindlichkeit eine solche für fremde entstanden. Es fragt sich, ob der befriedigende Bürge nur teilweisen Rückgriff hat oder vollen, indem man zu seinen Gunsten eine entsprechende Anwendung des § 1172 Abs. 2 befürwortet, nach dem der Regreß nicht nur dann gegeben ist, wenn ein Ersatzanspruch gegen den jetzigen Eigentümer des Grundstücks besteht, sondern auch dann, wenn er gegen seinen Rechtsvorgänger gegeben war.

Man kann in der Entscheidung schwanken, doch denke ich, wird es nicht falsch sein, den § 1173 Abs. 2 analog heranzuziehen. Denn es liegt hier derselbe Grund vor, und der Fall ist dem im § 1173 Abs. 2 geregelten rechtlich sehr ähnlich. In beiden Fällen soll der Regreßberechtigte nicht dadurch in seinem Rückgriffsrecht verkürzt werden, daß der Eigentümer sein Grundstück an einen Dritten veräußert.

---

[10]) Cohn in JurW. 1906 S. 412; Bendix im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 91.

[11]) s. oben S. 11 u. 12.

3. Interessant ist weiterhin die Frage, ob nicht der Grundstückseigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, und der persönliche Schuldner als Gesamtschuldner anzusehen sind. Für den Fall der Grundschuld bejaht dies Fuchs.[12]) Denn sie sind ja beide Schuldner, die dasselbe zu leisten haben, während der Gläubiger es nur einmal fordern kann. Nimmt man es in diesem Falle an, so muß man es auch für die Fälle der Hypothek, Rentenschuld und Reallast für richtig halten.[13])

Gegen diese Auffassung scheint mir nur eins zu sprechen: ein Vergleich mit der Bürgschaft, bei der unser Gesetz den Hauptschuldner und den Bürgen nicht als Gesamtschuldner ansieht. Immerhin ist eine Gesamtschuld in unserem Fall theoretisch denkbar, wenn sie auch für den Rückgriff praktisch nicht von Bedeutung sein kann, da im Falle einer persönlichen Schuld und einer fremden Sachhaftung dafür das Innenverhältnis immer geregelt sein wird.

§ 15.

2. Zusammentreffen von Haftung beweglicher Sachen mit persönlicher Haftung.

Als Fall korrealer Haftungen haben wir nun noch das Zusammentreffen eines Pfandes an einer beweglichen Sache mit persönlicher Haftung zu prüfen.

Ist sowohl ein Fahrnispfand wie eine Bürgschaft für eine Schuld bestellt, so gestaltet sich, sobald der Gläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners vom Eigentümer der Pfandsache oder vom Bürgen befriedigt wird, das Er-

---

[12]) Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 § 1192 Bem. 21.

[13]) vgl. für den Fall der Reallast Wolff § 128 II, 2c S. 420.

gebnis dadurch höchst sonderbar, daß nicht nur die Bürgschaft, sondern auch das Pfandrecht durch Konfusion erlischt. Zahlt der Eigentümer zuerst, so erhält er den vollen Rückgriff gegen den Bürgen, während dieser infolge Erlöschens des Pfandrechts sich nun nicht wieder an den Eigentümer halten kann. Zahlt umgekehrt der Bürge zuerst, so erlangt er mit der Forderung gegen den Schuldner das Pfandrecht, während die Bürgschaft durch Vereinigung erlischt. Derjenige kann also die Last auf den anderen abwälzen, der den Gläubiger zuerst befriedigt. Jeder wird den anderen zuvorzukommen suchen. Es entsteht eine Art Wettrennen, in dem dem Sieger als Preis die endgültige Befreiung von der Last winkt.

Daß unser Gesetz eine solche vom Zufall abhängende Regelung hat treffen wollen, ist nicht anzunehmen.

So sucht denn auch Strohal dieses Ergebnis zugunsten des Bürgen dahin zu ändern, daß das Pfand schließlich allein für die Schuld einzustehen hat.[1]) Er weist darauf hin, daß es Fälle gibt, in denen das Pfand nicht zum Erlöschen kommt, nämlich wenn zugunsten eines Dritten, für den die Forderung mit einem Rechte belastet ist, oder zugunsten des Eigentümers selbst, wenn er ein Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts hat, dessen Weiterbestehen fingiert wird (§ 1256).

Ein solches Interesse nehmen Strohal und ihm folgend einige andere Schriftsteller[2]) hier immer als vorhanden an. Denn da nach ihrer Ansicht der Bürge den Schaden immer auf den Pfandeigentümer abwälzen kann, so ist letzterer verpflichtet, ihm den Eintritt in das Pfandrecht offenzuhalten.

---

[1]) Strohal S. 376.

[2]) Martinius S. 543.

M. a. W.: er kann den Bürgen nur dann in Anspruch nehmen, wenn er ihm das Pfandrecht an seiner Sache einräumt, und hat somit ein Interesse daran, daß es bestehen bleibt. Diese Beweisführung ist nicht richtig,[3]) denn die bessere Stellung des Bürgen ist, wie wir schon beim Zusammentreffen vom Bürgen mit dem Eigentümer eines verhafteten Grundstücks sahen, nicht anzuerkennen. Folgeweise besteht auch für den Eigentümer keine Pflicht, dem Bürgen zum Erwerb des Pfandrechts zu verhelfen, und damit entfällt auch jede Möglichkeit eines Interesses am Fortbestehen des Pfandrechts.

Müssen wir uns also mit der vom Zufall abhängenden Entscheidung zufrieden geben, daß der das Glück hat, die Last auf den anderen abzuwälzen, der ihm mit der Befriedigung zuvorkommt? In der Literatur begegnen wir auch hier den Meinungen, die wir schon mehrfach bei den anderen Gesamthaftungen vorfanden: entweder trägt der den Schaden, der den Gläubiger zuerst befriedigt, da ein Rückgriff nur bei Vorhandensein eines besonders begründeten Ersatzanspruchs gegeben ist,[4]) oder die Last verteilt sich nach einem für alle Korrealhaftungen geltenden allgemeinen Ausgleichungsprinzip.[5])

Diese Ansichten treffen hier ebensowenig das Richtige wie in den anderen Fällen. Die beste Regelung ergibt sich vielmehr auch hier wieder auf Grund der Vorschrift des § 426.

Diese läßt sich jedoch nicht unmittelbar anwenden, wie Staudinger, Bendix und Emmerich annehmen,[6]) denn es liegt gar kein Gesamtschuldverhältnis vor: der Eigentümer

---

[3]) Lippmann S. 185; Schulz S. 66; Planck § 1225 Bem. 2c.

[4]) Breit S. 292a.

[5]) Breit S. 293b; Schulz S. 71.

[6]) Bendix S. 91; Staudinger § 1225 Bem. 2b; Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, zit. bei Staudinger.

der Pfandsache ist kein Schuldner, wohl aber scheint mir auch hier ebenso wie bei Gesamthaft von Grundstücken mit beweglichen Sachen ihre analoge Anwendung geboten zu sein. Bei mehreren Bürgen verteilt sich die Haftungslast nach § 426, denn sie sind Gesamtschuldner, bei mehreren Pfändern ebenfalls, denn § 1225 in Verb. mit § 774 schreibt seine analoge Anwendung vor. Treffen nun Pfand und Bürgschaft zusammen, so scheint es mir natürlich und in Ermanglung jeder anderen Vorschrift das Richtigste zu sein, auch hier das Innenverhältnis nach der Vorschrift des § 426, und zwar in ihrer entsprechenden Anwendung zu beurteilen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 17. Februar 1889 wurde ich als Sohn des damaligen Kgl. Sächs. Stabsarztes Dr. Hans Winkler und Frau Marie Winkler geb. Tölke zu Straßburg i. E. geboren. Ich bin evangelisch. Meine Schulbildung erhielt ich an den Vorschulen zu Wiesbaden und Oschatz i. Sa., an dem Progymnasium zu Oschatz, der Faberschen Privatschule zu Wiesbaden und dem Kgl. humanistischen Gymnasium zu Wiesbaden, von dem ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife entlassen wurde. Hierauf besuchte ich zum Zwecke meiner juristischen Ausbildung die Universitäten Bonn, München und Marburg. Am 1. Juni 1912 bestand ich die erste juristische Prüfung vor der Kgl. Prüfungskommission zu Cassel und am 21. November desselben Jahres das Rigorosum vor der juristischen Fakultät der Universität Marburg. Allen meinen Lehrern spreche ich hiermit meinen Dank aus, besonders aber Herrn Professor Dr. Leonhard für die Anregung, die er mir zur Abfassung vorliegender Arbeit gab.